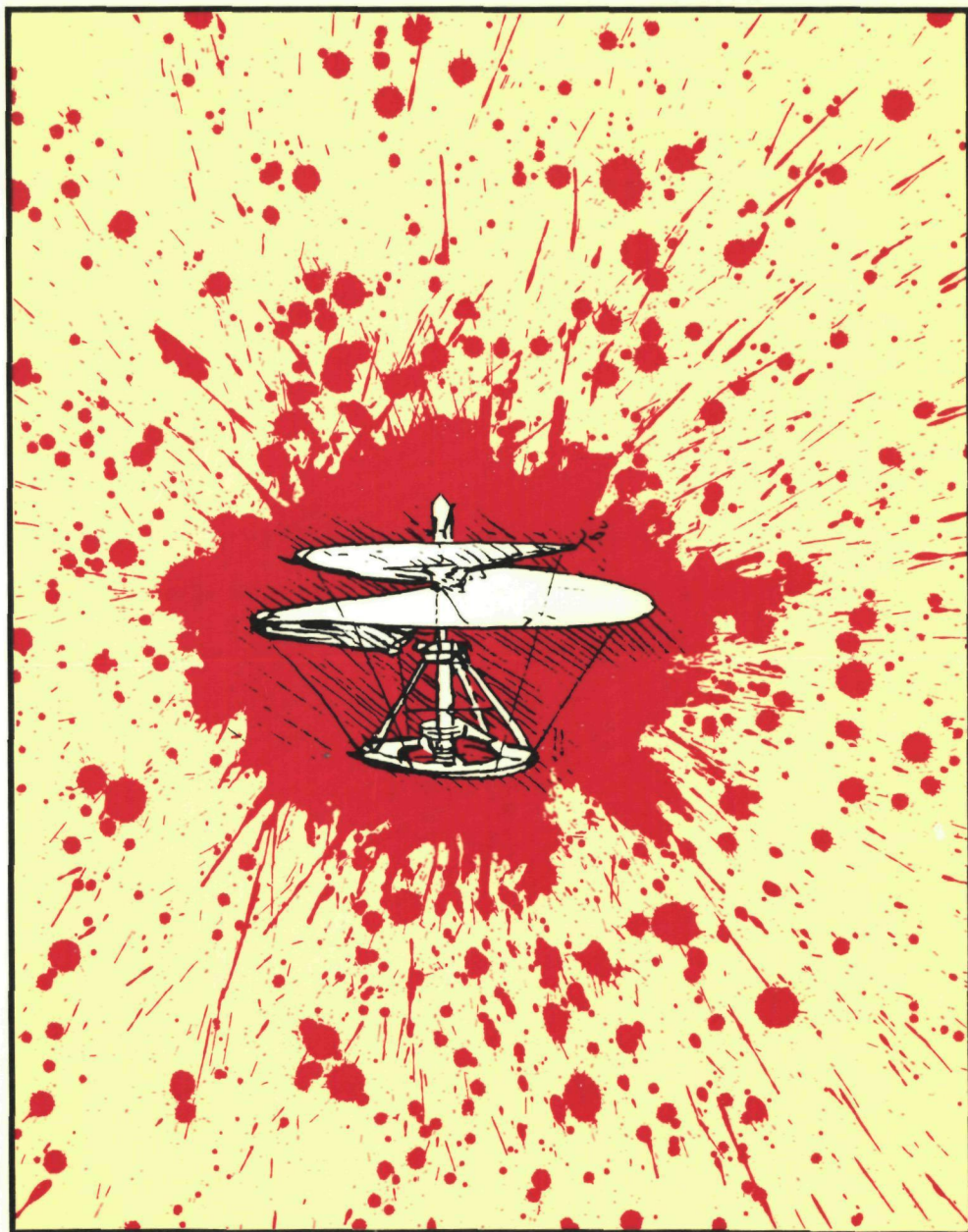


Auteursrecht op techniek

De auteursrechtelijke bescherming van
het technisch aspect van industriële vorm-
geving en computerprogrammatuur

A. A. QUAEDVLIEG



AUTEURSRECHT OP TECHNIEK

**DE AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN
HET TECHNISCH ASPECT VAN
INDUSTRIELE VORMGEVING EN COMPUTERPROGRAMMATUUR**

AUTEURSRECHT OP TECHNIEK

DE AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN
HET TECHNISCH ASPECT VAN
INDUSTRIELE VORMGEVING EN COMPUTERPROGRAMMATUUR

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
IN DE RECHTSGELEERDHEID
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN,
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. B.M.F. VAN IERSEL
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP DONDERDAG 18 JUNI 1987 DES NAMIDDAGS TE 3.30 UUR

DOOR

ANTOON ALFONS QUAEDEVLIET
geboren te HEERLEN

W.E.J. TJEENK WILLINK-ZWOLLE-1987

PROMOTOR: PROF. MR. D.W.F. VERKADE
CO-REFERENT: PROF. MR. J.M.M. MAEIJER

Het omslagontwerp werd gerealiseerd door F.J.M. Joordens op basis van het helikopterontwerp van Leonardo da Vinci

Van dit proefschrift is ook een handelseditie verschenen bij Uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink b.v. te Zwolle onder ISBN 90 271 2716 6

© 1987 A.A. Quaedvlieg, Nijmegen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een retrieval systeem worden opgeslagen, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle, die daartoe door de auteursrechthebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher

De auteur dankt het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht te München voor de genoten gastvrijheid. De in München geboden onderzoeksmogelijkheden hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de totstand - koming van deze dissertatie.

INHOUDSOPGAVE

AFKORTINGEN

IX

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

XI

INLEIDING

XIII

DEEL I

HET OORSPRONKELIJKHEIDSVEREISTE IN DE THEORIE VAN HET SUBJECTIEF WERK

1

HOOFDSTUK I

OORSPRONKELIJKHEID ALS ENIG CRITERIUM VOOR AUTEURSRECHTBESCHERMING

3

A OORSPRONKELIJKHEID EN KUNSTZINNIGHEID

3

inleiding-3 techniek-3 de oorspronkelijkheidseis in het auteursrecht-5 artikel 21 BTMW-8 conclusie en terugkoppeling op het probleem van de techniek-18

B OORSPRONKELIJKHEID VOLGENS DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK

21

het subjectieve werk-21 puur functionele tegenover open vormen-22 "oorspronkelijke keuze" en de leer van het subjectief bepaalde werk-25

HOOFDSTUK II

TOEPASSING VAN DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK OP GEVOLGVORMEN: CONSEQUENTIES

29

A ARTIKEL 2 LID 1 BTMW: UITSLUITING VAN WAT NOODZAKELIJK IS VOOR HET VERKRIJGEN VAN EEN TECHNISCH EFFECT

31

analyse van het probleem; resultaatgerichte leer, apparaatgerichte leer-31 milde interpretatie van beide leren-32 stellingnamen voor de resultaatgerichte leer-33 stellingnamen voor de apparaatgerichte leer-35 technisch effect tegenover 'deugdelijkheid en bruikbaarheid'-39 voorkeur voor de apparaatgerichte leer-40 conclusie-44 technisch aspect in de BMW-45

B BOUWWERKEN

48

doctrine en jurisprudentie-48 toepassing van de subjectieve leer op bouwwerken-52

HOOFDSTUK III

TOEPASSING VAN DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK OP VOLGVORMEN

55

Inleiding

55

A GESCHRIFTEN ZONDER EIGEN OF PERSOONLIJK KARAKTER

57

objectieve aard van de geschriften zonder eigen karakter-57 toepassing van het criterium van het subjectief werk-58 geschriften zonder eigen karakter en 'originele keuze'-61 conclusie-61

B AARDRIJKSKUNDIGE KAARTEN, SCHETSEN E.A.

63

technische vorm-63 het technisch aspect van kaarten e.d. in doctrine en jurisprudentie-63 kaarten e.a.: puur functionele of open vormen-65

C HET WETENSCHAPPELIJK WERK

68

oorspronkelijk gehalte in de vorm-69 oorspronkelijk gehalte in de inhoud-70 toepassing van de leer van het subjectief werk op de inhoud van wetenschappelijk werk-71 toetsing aan het geval van een "voorbeeld" in een wetenschappelijk werk-74 betekenis van het Heertje-arrest in het licht van het voorafgaande-75

D WEERGAVEN

78

inleiding-78 weergaven van auteursrechtelijk beschermd werk-78 conclusie-82 balans van hoofdstuk III-83

HOOFDSTUK IV	COMPUTERPROGRAMMATUUR	85
	Inleiding: beperking onderzoek-85 software-88 chips-89 beperking van het onderzoek tot de logische constructie van het programma als instrument-90	
A	OORSPRONKELIJKHEID EN WETENSCHAPPELIJK CONCEPT	94
	software-94 Nederland-95 de jurisprudentie over de oorspronkelijkheid-95 Duitse rechtspraak-96 Franse rechtspraak-97 chips-97 wetenschappelijk concept en oorspronkelijkheid-99 wetenschappelijk karakter van het algoritme-99 scheiding algoritme en 'uitwerking'-101 praktische hanteerbaarheid der oplossingen-103 de scheiding tussen algoritme en uitwerking heeft een kunstmatig karakter-104 conclusie-107	
B	TOEPASSING VAN HET CRITERIUM VAN HET SUBJECTIEF WERK OP PROGRAMMATUUR	109
	Inleiding-109 programmatuur als objectief bepaald voortbrengsel-109 uitwerking van het algoritme: open vorm?-110 uitwerking: individueel stempel door keuze-110 gerichtheid op communicatie met de mens-112 bescherming van computersoftware analoog aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter-113 bescherming van chips analoog aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter-115 conclusie-116	
DEEL II		
SYMPTOMEN VAN DE THEORIE VAN HET SUBJECTIEF WERK IN DE AUTEURSWET		119
INLEIDING		121
HOOFDSTUK V	VERKNOCHTHEID VAN HET AUTEURSRECHT MET HET UITERLIJK VAN HET WERK	125
A	OPENBAAR MAKEN	126
B	VERVEELVOUDIGEN: PLAGIAAT	129
	Inleiding-129 plagiaat: criterium afgestemd op de uiterlijke vorm-129 programmatuur-130 modellen-132 'wezenlijke overeenstemming' bij plagiaat van een inrijke-134 conclusie-136	
C	GEBRUIK	138
	gebruik als een vorm van openbaar maken-140 gebruik als een vorm van verveelvoudigen-141	
D	CONCLUSIE HOOFDSTUK V	144
HOOFDSTUK VI	DE SPECIFIEKE BAND TUSSEN DE MAKER EN ZIJN PERSOONLIJKE CREATIE	147
A	PERSOONLIJKEIDRECHTEN	148
	droit de publication-148 droit de repentur-149 droit au respect-150 droit à la paternité-151	
B	VERKNOCHTHEID AAN HET LEVEN VAN DE MAKER	153
	duur van het auteursrecht-153 ontstaan van het auteursrecht-154	
C	ONTLENINGSTHEORIE EN SUBJECTIEF WERK	156
	ontleningstheorie en monopolieer-156 argumenten voor en tegen de ontleningsleer-157 samenhang van het ontleningsvereiste met de leer van het subjectieve werk-159 conclusie-161	
SAMENVATTING EN BESLUIT		165
SOMMAIRE		171
LIJST VAN ENIGE GEBRUIKTE TERMEN		179
LITERATUURLIJST		183
JURISPRUDENTIE		191

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AG	Advocaat Generaal
AMR	Auteursrecht, tijdschrift voor auteurs- en mediarecht
Aw	Auteurswet
BB	Der Betriebsberater
BC	Berner Conventie
BGH	Bundesgerichtshof
BIE	Bijblad Industriële Eigendom
BMW	Benelux Merkenwet
BTMW	Benelux Tekeningen- en Modellenwet
BW	Burgerlijk wetboek
CdC	Cour de Cassation
e.v.	en volgende
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR INT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
KG	Kort Geding
Ktr	Kantonrechter
lk	Linker kolom
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwaltschaft
mn	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nt	Noot
NV	De Naamloze Vennootschap
p	Pagina
pp	Pagina's
Pres. Rb.	President van de Rechtbank
Rb	Arrondissementsrechtbank
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
rk	Rechter kolom
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
ROW	Rijksoctrooiwet
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb	Staatsblad
t.a.p.	Ter aangehaalde plaatse
UrhG	Urheberrechtsgesetz der Bondsrepubliek Duitsland
VNH	Van Nieuwenhoven Helbach, zie lijst verkort aangehaalde literatuur

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

De Beaufort	Beaufort, H.L. de, Auteursrecht, Zwolle 1932
Braun en Evrard	Braun, A en Evrard, J.J., Droit des dessins et modèles au Benelux, Brussel 1975
Cherpillod	Cherpillod, I., L'objet du droit d'auteur, Lausanne 1985
Desbois	Le Droit d'Auteur en France, 2ème éd., Parijs 1973
Komen/Verkade	Komen, A. en Verkade, D.W.F., Compendium van het Auteursrecht, Deventer 1970
Van Lingen	Lingen, L. van, Auteursrecht in Hoofddlijnen, Alphen a.d. Rijn 1984
Van Nieuwenhoven Helbach (VNH)	Nieuwenhoven Helbach, E.A. van, Industriële Eigen - dom en Mededingingsrecht, 7e druk, Amsterdam 1983
Pfeffer/Gerbrandy	Pfeffer, H., Kort commentaar op de Auteurswet 1912, geheel herzien en bijgewerkt door S. Gerbrandy, Haarlem 1973
Programmatuur	Verkade, D.W.F., Juridische bescherming van pro - grammatuur, 2e herziene druk, Alphen a.d. Rijn 1986
Uiterlijk	Verkade, D.W.F., Bescherming van het uiterlijk van produkten, Deventer 1985
Vandenberghe	Vandenberghe, G.P.V., Bescherming van computer - software, Antwerpen 1984
Verkade/Spoor	Verkade, D.W.F. en Spoor, J.H., Auteursrecht, De - venter 1985
Wittmer	Wittmer, H.R., Der Schutz von Computersoftware, Urheberrecht oder Sonderrecht, Basel 1981

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, zo vangt artikel 1 van de Auteurswet aan. Een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, zo voegt de doctrine toe, onderscheidt zich daardoor, dat het een eigen en persoonlijk karakter heeft: het moet 'origineel' of 'oorspronkelijk' zijn.

Een der traditionele dogma's van het auteursrecht luidde, dat techniek was uitgesloten van de kring der beschermde werken. Dit dogma is sedert de grote expansie van de computerprogrammatuur onder vuur komen te liggen. Programmatuur mag dan wel een technisch voortbrengsel zijn, de erin belichaamde oplossingen kunnen een 'origineel' of 'oorspronkelijk' karakter hebben, zo oordeelt men in meerderheid. Derhalve kan het auteursrecht dienen om de dringende behoefte aan juridische bescherming te dekken.

Eenzelfde dilemma bestaat ten aanzien van het technisch aspect van (sier-)modellen van nijverheid (industriële vormgeving). Ook hier mag immers niet uitgesloten worden, dat iemand een 'originele' technische vondst in een model verwerkt. Kan voor de bescherming van die vondst een beroep op auteursrecht gedaan worden? De discussie daarover is enigszins in de schaduw gebleven van het debat over de interpretatie van artikel 2 lid 1 BTMW (Benelux Tekeningen- en Modellen Wet). Dit artikel sluit van bescherming uit datgene, wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. Het betreft hier een modelrechtelijke regel, maar omdat de (sier-)modellenwet zelf uitdrukkelijk de mogelijkheid erkent van auteursrechtelijke bescherming van siermodellen, mag de houding van het auteursrecht ten opzichte van het technisch aspect van deze modellen niet verwaarloosd worden.

Dit is dus het probleem, dat wij behandelen: de oude regel sluit techniek uit, een nieuwe trend haalt haar binnen. Centraal staan daarbij twee vraagstukken. Het eerste is, of technische prestaties 'origineel' kunnen zijn in de zin van de Auteurswet. Dit is een theoretische vraag. Het tweede vraagstuk is of voor al dan niet uitsluiting van de techniek ook goede redenen bestaan. Deze vraag is meer praktisch gekleurd. Zij behoeft echter nauwelijks meer behandeling, als zou blijken dat het originaliteitsvereiste zich niet verzet tegen het beschermen van bepaalde technische prestaties: dan is de Auteurswet in aanleg 'geschikt' voor techniek en vormt haar eventuele aanpassing slechts een secundair probleem. In Deel I van deze studie zal dus worden onderzocht hoe het originaliteitsvereiste zich verhoudt ten opzichte van technische scheppingen.

Wij openen daarbij in Hoofdstuk I van Deel I met een onderzoek van het oorspronkelijkheidscriterium. Doel van dit hoofdstuk is vooreerst, scherp te stellen wat de in -

houd van de oorspronkelijkheidseis eigenlijk is, en met name of zij al dan niet kunst - zinnigheid eist. Vervolgens komt aan de orde in welk element van het werk het oorspronkelijk karakter schuilt. Om die vraag te beantwoorden willen wij een toets voorstellen die het mogelijk maakt een scherp onderscheid te maken tussen 'oorspronkelijke' prestaties (die bescherming van het auteursrecht genieten) en 'technische' prestaties (die deze bescherming moeten ontberen). Daarbij kan als maatstaf dienstig zijn wat wij zullen voorstellen als de 'theorie van het subjectief gecontroleerde werk' ofwel, kortweg, als de 'theorie van het subjectieve werk'. Ten gerieve van de lezer is achterin dit werk een verklarende lijst van deze en andere terminologie bijgevoegd.

Het overige gedeelte van Deel I, de hoofdstukken II-IV, zal geheel gewijd zijn aan een uitwerking van de praktische consequenties van deze 'theorie van het subjectieve werk'. In Hoofdstuk II onderzoeken wij of er alternatieve beschermingsvormen denkbaar zijn voor het technisch effect van modellen van nijverheid als men die niet auteursrechtelijk beschermt. Vervolgens zullen wij ons met name toeleggen op een schets van de toepassing van onze theorie op verschillende categorieën van bescherming claimende voorwerpen. Zo geven wij in Hoofdstuk II een impressie van de toepassing van de leer van het subjectieve werk op bouwwerken. In Hoofdstuk III komt dan haar toepassing op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, op kaarten, schetsen e.d., op wetenschappelijk werk en op weergaven van auteursrechtelijk beschermd werk aan bod. En in Hoofdstuk IV hopen wij de toepassing van de theorie van het subjectieve werk op computerprogrammatuur te bespreken.

Aan het eind van Deel I zullen wij dan kunnen constateren dat de leer van het subjectieve werk in verreweg de meeste gevallen tot resultaten voert die praktisch gezien niet erg veel afwijken van wat men gewend was, zij het dat het geheel nu in een algemeen theoretisch perspectief komt te staan. Daarop bestaan echter twee uitzonderingen. De uitsluiting van het technisch aspect van modellen is nog steeds een omstreden zaak en de tamelijk radicale oplossing die wij daar voorstaan en aan welke men naar onze mening bij een exacte interpretatie van de wet niet kan ontkomen, zal niet voor iedereen vanzelfsprekend zijn. Maar vóór alles zal men gereserveerd staan ten opzichte van onze slotsom aan het eind van het vierde hoofdstuk, dat strikt genomen het oorspronkelijkheidsvereiste in onze interpretatie zich verzet tegen auteursrechtelijke bescherming van programmatuur. Deze conclusie is voor ons echter geen doel op zich. Zij vormt slechts de springplank naar de dubbele vraagstelling die in Deel II aan de orde komt.

Deel I is dus geheel gewijd aan de constatering dat het de oorspronkelijkheidseis zelf is die techniek van het auteursrecht uitsluit en aan een schildering hoe die uitsluiting concreet in haar werk gaat of dient te gaan. Deel II nu verbreedt het perspectief. Allereerst wordt de vraag aan de orde gesteld of deze strikte interpretatie van het oorspronkelijkheidsvereiste nu ook wel zinvol is. Die vraag zullen wij bevestigend beantwoorden, omdat veel bepalingen in de Auteurswet niet op technisch werk lijken te zijn toegesneden en in hun toepassing daarop ook mogelijk te kort kunnen schieten. Onze volgende en laatste kwestie is dan, of er niet toch mogelijkheden bestaan een op techniek toegesneden auteursrechtelijke bescherming te creëren, al is dat dan in aanleg misschien niet de bedoeling van de wetgever geweest. Die laatste vraag zullen wij, althans voor

wat programmatuur betreft, bevestigend beantwoorden. Men kan inderdaad denken aan een aangepast 'auteursrecht op maat'¹ voor programmatuur. En juist de vrij strikte analyse die wij eerder gemaakt hebben kan nu signaleren waar hulpstukken in de juridische bescherming van nut zijn en ideeën fourneren hoe die hulpstukken eruit moeten zien. Zo kan de stelling dat het plagiaatcriterium van het auteursrecht in het vlak van de programmatuur niet toepasbaar is wel radicaal lijken. Maar het is diezelfde constatering die het, als men dan toch naar een aangepaste bescherming zoekt, gemakkelijk maakt zich geheel van datzelfde plagiaatcriterium los te maken en op pragmatische wijze uit te zien naar het alternatief dat puur praktisch gezien het meest in aanmerking komt. Op die manier voorkomt men dat het auteursrecht op maat een auteursrecht op een procrustesbed wordt.

Wij beginnen nu met een analyse van het oorspronkelijkheidscriterium en een onderzoek van de relatie tussen de oorspronkelijkheids eis en de uitsluiting van de techniek.

¹ Vgl. Grosheide, prft, p. 302.

DEEL I

HET OORSPRONKELIJKHEIDSVEREISTE IN DE THEORIE VAN HET SUBJECTIEF WERK

OORSPRONKELIJKHEID ALS ENIG CRITERIUM VOOR AUTEURSRECHTBESCHERMING

A. OORSPRONKELIJKHEID EN KUNSTZINNIGHEID

Inleiding

Deze studie zal zich bezig houden met de relatie tussen technische prestaties en het auteursrecht. Het eerste wat ons te doen staat, is bepalen wat wij onder techniek verstaan en in welke situaties techniek in de invloedssfeer van het auteursrecht terecht komt.

Techniek

Wat is techniek? Uit de definities die het Groot Woordenboek van Van Dale geeft kan men, samenvattend, één ding afleiden: techniek is op een doel gericht. Techniek betreft apparatuur, verrichtingen of een bedrevenheid, die gericht zijn op het bereiken van een praktisch resultaat¹. Van grote delen van dit brede begrip van techniek is uitgesloten dat zij zich ooit in de invloedssfeer van het auteursrecht zullen manifesteren. Zo zullen verrichtingen of een bedrevenheid op zichzelf nooit door het auteursrecht beschermd worden. Methoden, stijl, organisatie en dergelijke zijn namelijk naar algemene opvatting als zodanig van het auteursrecht uitgesloten. Het auteursrecht beschermt alleen een 'werk', en dit impliceert dat er sprake moet zijn van een geconcretiseerd object².

¹ Van Dale 10e druk, 1976 geeft een definitie in vijf delen van "techniek"

1. De techniek of het geheel der bewerkingen of verrichtingen, nodig om in een bepaalde tak van kunst, handwerk, nijverheid enz. iets tot stand te brengen;

2. geheel der bewerkingen en verrichtingen behorende tot de nijverheid en de toegepaste exacte wetenschap;

3 (als cultuurverschijnsel) de zinvolle toepassing van de mogelijkheden die de natuur biedt tot verwezenlijking van door de mens beoogde doelen;

4 manier waarop -, middelen waardoor een scheppend kunstenaar of een beoefenaar van een tak van sport enz. zijn prestaties verricht, manier van werken; bedrevenheid; vaardigheid;

5 technische hulpmiddelen of installaties.

² Vgl. Pfeffer/Gerbrandy, p. 48; p. 51; Van Lingem, p. 43-45; Wichers Hooft, p. 146; Komen/Verkade nrs. 37 en 38; De Beaufort, p. 66 Zie ook bijv. President Rechtbank 's Hertogenbosch 31 maart 1977, NJ 1977, 479, Ontwerp ontmoetingscentrum.

Als wij het dus hebben over de auteursrechtelijke bescherming van techniek, dan hebben wij op het oog de bescherming van een werk met een concrete vorm, werkbovendien dat bedoeld of geschikt is om een praktisch resultaat mee te bewerkstelligen. Men kan deze vorm van techniek onder de verzamelterm 'apparatuur' brengen. De term 'apparatuur' is hier breder bedoeld dan in het spraakgebruik: wij verstaan er elke vorm onder, die een nuttig effect heeft, ook bijvoorbeeld een waterdichte regenjas.

In de praktijk zien wij twee belangrijke categorieën waar auteursrecht en techniek een concreet raakvlak hebben. Het meest klassieke terrein wordt gevormd door de (sier-)modellen van nijverheid ofwel, met een iets oudere term, de toegepaste kunst. Een wat recentere bron van discussie - recenter, maar niet minder hevig! - wordt gevormd door de computerprogrammatuur. Hoewel het hier, naar spraakgebruik althans, ontegenzeggelijk om een dochter van 'de techniek' gaat, is de roep om auteursrechtelijke bescherming steeds dringender geworden. Aan diezelfde roep wordt ook steeds meer gevolg gegeven. Dat wil niet zeggen dat daarmee alle problemen omtrent de programmatuur zijn opgehelderd.

Met betrekking tot de (sier)modellen van nijverheid mag mijns inziens evenmin gezegd worden dat de materie is uitgekristalliseerd. Het tegendeel is waar, zoals in het navolgende zal blijken. Wel heeft de gedachtenontwikkeling hierover al een langer rijpingsproces achter de rug, zodat zij in haar essentiële elementen toch al duidelijker gestalte heeft gekregen. Bovendien is het ten aanzien van deze modellen gemakkelijker om zich een concrete voorstelling van zaken te maken. Als men dus uit de huidige stand van jurisprudentie en wetenschap gegevens wil distilleren over de auteursrechtelijke bescherming van technische vormen, doet men er het beste aan eerst de auteursrechtelijke bescherming van modellen te onderzoeken.

Men kan verdedigen dat al wat techniek is aan de werking van de Auteurswet wordt onttrokken door de reflexwerking van de Octrooiwet. In die opvatting heeft de wetgever zeer bewust bepaald dat aan technische vondsten met uitvindingshoogte octrooi recht toekomt, maar aan uitvindingen zonder die uitvindingshoogte bescherming ontzegt moet worden. Voor die laatste categorie moet dan niet via de achterdeur van de Auteurswet toch een exclusief recht gecreëerd worden. Dat zou betekenen dat voor een belangrijke uitvinding na veel moeite (de octrooiverleningsprocedure is zwaar en dege-lijk) een recht dat slechts 20 jaar geldt wordt verkregen, en voor een zelfs veel minder belangwekkend produkt moeiteloos een bescherming tot 50 jaar na de dood van de auteur.

Maar allereerst is daar het simpele feit dat talloze modellen van nijverheid ondanks hun technische functie mede auteursrechtelijke bescherming genieten. Zelfs als reflexwerking van de Octrooiwet mede het geldingsterrein van de Auteurswet zou bepalen, zou dat dus nog niet betekenen dat ieder voortbrengsel dat (mede) een technisch doel dient daarmee categorisch van auteursrechtbescherming wordt uitgesloten. De regel vraagt dus in ieder geval om verfijning.

Voorts zien we dat bijvoorbeeld Komen/Verkade³ de grens van het auteursrecht helemaal niet leggen bij het begin van het octrooirecht, maar integendeel cumulatie van die twee beschermingswijzen mogelijk achten. Dat betekent dat de grenzen van het

³ No. 54, p. 36.

auteursrecht worden vastgelegd door een eigen, autonoom auteursrechtelijk criterium. Niet het octrooirecht bepaalt of en wanneer techniek vatbaar is voor auteursrecht, maar de aard van het auteursrecht zelf.

Ten derde en ten laatste doet zich het probleem van de computerprogrammatuur voor. Computerprogrammatuur is naar veler mening niet geschikt voor bescherming door octrooirecht, omdat zij in veel gevallen geen verandering in de natuur teweeg brengt. Niettemin valt de programmatuur wel binnen onze definitie van technische prestaties. Als men zich de vraag stelt of ook deze technische prestatie buiten het auteursrecht moet vallen, kan een beroep op de reflexwerking van de Octrooiwet geen bevredigend uitsluitsel brengen: men moet ook dan een beroep doen op een eigen en autonoom criterium, ontleend aan het auteursrecht.

Hiervan uitgaande zullen wij nu bijzondere aandacht schenken aan het zogenaamde oorspronkelijkheidsvereiste, ofwel de eis van eigen en persoonlijk karakter, die als basis voor auteursrechtbescherming geldt.

De oorspronkelijkheidseis in het auteursrecht

Criterium voor bescherming door het auteursrecht is naar gangbare opvattingen het feit of een voortbrengsel een oorspronkelijk karakter bezit. Men komt tal van formuleringen tegen die hetzelfde begrip verwoorden, zoals eigen karakter, persoonlijk stempeel, originaliteit. Hiermee wil men mede aangeven dat auteursrechtelijke bescherming *niet* te doen heeft met enig oordeel over de kunstzinnigheid van een schepping in termen van 'mooi' respectievelijk 'lelijk'.

Heel wat technische en nuttige voorwerpen kunnen oorspronkelijk genoemd worden, maar lang niet alle behoeven daarmee ook kunstzinnig genoemd te worden. Een kunstzinnigheidsvereiste - wat dat dan ook moge inhouden - zou het toepassingsgebied van het auteursrecht op gebruiksvoorwerpen hoe dan ook engere grenzen toemeten; anders heeft het geen zin. Als daarentegen slechts oorspronkelijkheid verwacht wordt, is de drempel lager. Het oorspronkelijkheidsvereiste is echter vaag en zal nadere verduidelijking vragen, met name voor wat betreft de *soort* oorspronkelijkheid die gevraagd wordt. Hierop kan echter slechts zinvol worden ingegaan als onomstotelijk vaststaat dat volgens geldend auteursrecht geen kunstzinnigheid nodig is.

Oogmerk van de wetgever was, om alle mogelijke oorspronkelijke voorwerpen te beschermen, zonder te eisen dat het voortbrengsel ook wezenlijk kunstwaarde bezat. Dit blijkt ondubbelzinnig uit de wetsgeschiedenis, die o.a. te hulp wordt geroepen door de Rechtbank Groningen 19 november 1926⁴, om een nadere verklaring te geven aan het woordje 'kunst' in art. 1 van de Auteurswet:

"O. dat het bovenstaande tot de opvatting zou kunnen leiden, dat alzoo het werk - als voortbrengsel van kunst - waarde moet bezitten om naar de bedoeling van de wetgever onder de bepalingen der Auteurswet te vallen, doch dat de raadpleging van de geschiedenis der Auteurswet doet zien, dat die opvatting geen stand kan houden, daar toch - blijkens die geschiedenis - dit

⁴ NJ 1927, 162.

geenszins de bedoeling van den wetgever is geweest, doch wel om alle mogelijke voortbrengselen op het gebied der kunst te beschermen, zonder als criterium te stellen of dat voortbrengsel ook wezenlijk kunstwaarde bezit en het wel duidelijk blijkt, dat de wetgever van 1912 zich op dit punt heeft aangesloten bij de Auteurswet van 1881, in plaats van bij de opvatting, neergelegd in het tractaat van Berlijn, dat zich bepaalde tot producten van wetenschappelijke - literaire of kunstwaarde";

"O. dat wat boven is overwogen, zeker niet in het minst door de geschiedenis der Auteurswet wordt gestaafd, daar toch naar aanleiding van eene opmerking in het Voorloopig Verslag der 2e Kamer, dat de wet alleen van toepassing zou zijn op werken van bouwkunst, werken van eene bepaalde artistieke waarde, in de Memorie van Antwoord is geantwoord, dat deze beperking nergens in het Ontwerp stond en dat het ook geenszins de bedoeling was deze beperking in het Ontwerp aan te brengen".

De Memorie van Antwoord mag dus niet verweten worden met gespleten tong te hebben gesproken. Dit heeft echter niet kunnen voorkomen dat er verwarring is ontstaan. De wet spreekt namelijk van 'werken van kunst' en 'werken van toegepaste kunst'. Het originaliteitscriterium wordt nergens als zodanig geformuleerd⁵. Daardoor blijft de indruk bestaan dat kunstzinnigheid gevraagd wordt. Dit heeft in het veld van tekeningen en modellen tot peilloze verwarring geleid. Het is immers met name daar dat de vraag naar originaliteit respectievelijk kunstzinnigheid opgeworpen wordt. Ten aanzien van niet-gebruiksvoorwerpen zoals een gedicht of een schilderij is de originaliteit of a fortiori de kunstzinnigheid vaak evident. Bij modellen van nijverheid gaat het dikwijls om voorwerpen welke tot eenzelfde gebruik bestemd zijn⁶ als al eerder bekende voorwerpen. Daarom 'vertonen ze uit de aard der zaak een algemene gelijkenis'⁷. De wezenlijkste vormkarakteristieken stemmen immers al overeen. Een stoel bevat meestal vier poten, een zitvlak, een rugleuning. Met name in deze situatie wordt de vraag of de vorm aan het minimumvereiste van de Auteurswet voldoet, actueel. Onvermijdelijk gaat men dan ook de vraag stellen of dat minimumvereiste in originaliteit of in kunstzinnigheid bestaat.

Bij modellen van nijverheid is de vaststelling van het persoonlijk karakter van de schepping dus een beslissing die de aandacht en het oordeel van de rechter of van de door hem aangezochte deskundigen vraagt. Bij die toch al niet eenvoudige beslissing loopt hij gevaar verstrikt te raken in de dubbelzinnigheid die in de wet zelve geborgen ligt. De suggestie dat kunstwaarde vereist zou zijn heeft een rampzalige uitzaaiing in de jurisprudentie gekend⁸ maar ook onrust in de doctrine veroorzaakt. Nog in 1982 pakte Cohen Jehoram een oude polemiekt met Limperg⁹ weer op. Wij zullen nu naar de wortels van het kwaad in de wet zoeken.

Misleitend is allereerst de formulering van artikel 10 lid 1 sub 11 (tot de wetswijziging van 1985: sub 10), waar gesproken wordt van werken van toegepaste kunst¹⁰. Hiermee wordt echter geenszins bedoeld een vereiste toe te voegen aan de verlangde

⁵ Wel spreekt de wet sinds 1985 in art. 45a van een "bijdrage van scheppend karakter".

⁶ Zie ook Verkade, Uiterlijk, nr. 100 p. 133.

⁷ HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712.

⁸ Soms heeft ook de Hoge Raad er last van, bijvoorbeeld bij de vaststelling dat het Hof oordeelde over 'eigen karaktenstuck en artistieke waarde', zie HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403, Vrijgrieter.

⁹ Cohen Jehoram, Wat heet kunst in industriële vormgeving?, AMR 1982, 119.

¹⁰ Tot de wetswijziging van 1972-1975 'werken van op nijverheid toegepaste kunst'.

originaliteit¹¹. Het woordje 'kunst' is slechts gebruikt omdat het niet om 'toegepaste letterkunde' of 'toegepaste wetenschap' ging.

Potentieel gevaarlijker nog is de openingsformule van artikel 1 die spreekt over 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst'. De Hoge Raad en de meerderheid van de doctrine laten echter geen twijfel bestaan over de toepasselijkheid van het oorspronkelijkheidscriterium. Toch heeft dat niet kunnen voorkomen dat ook lang nadat de Hoge Raad op beslissende wijze heeft uitgemaakt dat de omschrijving van 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst' niet méér om het lijf heeft dan voortbrengselen die "als vruchten van scheppende arbeid, een eigen of persoonlijk karakter dragen"¹² het nog roerig is in de achterhoede. Wij noemden reeds de (enigszins) dissidente Limperg, op wiens opvatting wij kort ingaan.

Zich volkomen bewust van het feit dat "de kunstwaarde of het gehalte van kunst geen enkele rol speelt voor de beschermbaarheid" en van het feit dat het "uitsluitend om oorspronkelijkheid en nieuwheid" gaat¹³ constateert Limperg niettemin dat men er "gezien de tekst van de wet" niet aan ontkomt zich af te vragen of er kunst is toegepast¹⁴. Daaraan wordt dan wel toegevoegd dat voor het kunstvereiste zeer lichte of zelfs "zo gering mogelijke"¹⁵ maatstaven moeten worden aangelegd. Men kan er niet omheen dat het onderscheid met "originaliteit" dan wel uiterst subtiel wordt! Zo subtiel, dat men niet meer mag verwachten dat zelfs deskundige juristen en deskundige critici eensluidende oordelen zullen vellen, of zelfs maar een dergelijk onderscheid herkennen of erkennen¹⁶. Verkade erkent het niet¹⁷ en ik zou mij daarachter willen scharen. De ontredde in de rechtspraak bemoeit bovendien op geen enkele manier, om in een materie waar zelfs de grote lijnen vaak moeilijk te herkennen blijken, in praktische situaties met microscopische distinctie te gaan werken. Vooral waar de tekst van de wet daar naar mijn idee in het geheel niet toe dwingt.

Het zwaarste gewicht in het dispuut voor of tegen een extra kunstvereiste komt echter toe aan de bedoeling van de wetgever, recent nog eens tot uitdrukking gekomen bij de wijziging van de Auteurswet in 1972. De wet van 1912 had in artikel 10 lid 1 sub 10 oud over werken van op nijverheid toegepaste kunst. Die tekst werd in 1972 gewijzigd in "werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid". Re -

¹¹ Verkade, Uiterlijk, no 102, p. 135; Cohen Jehoram AMR 1982, 120; Wichers Hoeth, p. 66; Komen/Verkade, Compendium p. 26; Van Lingen, Auteursrecht in Hoofdpijnen, p. 54, en verwarrend, p. 56, zie ook Leijten, J P., Ars Aequi 1971, 342. Anders: Limperg, Bescherming van vormgeving tegen plagiaat, p. 49 e.v.

¹² HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355, AA 1961, 179, Radioprogramma II.

¹³ Limperg, De Ontleningstheorie in het Auteursrecht, NJB 1977, 317, zoals ook al uitgedrukt in Bescherming van vormgeving tegen Plagiaat p. 49 en De Bescherming van tekeningen en modellen van nijverheid naar Nederlands recht, NV XXXVI (1958-'59), 81.

¹⁴ Limperg, Plagiaat p. 49.

¹⁵ Limperg, Plagiaat p. 50, zie ook Martens, S.K., Onrechtmatige daad VI, nr. 25, 2, en de daar genoemde rechtspraak. Voorts Limperg, NV XXXVI (1958-'59) p 814.

¹⁶ Het oordeel is ook zo al vaak zwaar genoeg. Pfeffer/Gerbrandy, Kort Begrip, p. 77 noemt het voorbeeld van volkomen tegenstrijdige deskundigenverklaringen in o.a. het geval van de Vitrieteer, HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403, BIE 1962, 89 en het geval dat een Hof zich radicaal distancieerde van deskundigen en een beroep deed op personen die pretendeerden zulks niet te zijn, Hof 's Gravenhage 26 juni 1958, NJ 1959, 418.

¹⁷ Verkade, Uiterlijk, nr. 102.

den voor die wijziging, zoals men haar uit de parlementaire geschiedenis kan begrijpen¹⁸, was om expresselijk zeker te stellen dat modellen aan welke "zekere originaliteit niet kan worden ontzegd" ook na invoering van de BTMW onder auteursrechtelijke bescherming zouden blijven vallen.

Het lijkt mij, ook vanuit het oogpunt van beperking, onnuttig om in de overvloedige lagere jurisprudentie te gaan wieden, ook al omdat daar voor ieder standpunt een argument valt te halen, zonder dat een overtuigende richting er vorm krijgt. Ik verwijs naar de jurisprudentie die wordt aangehaald bij Martens¹⁹ en in andere handboeken.

Onze conclusie is duidelijk: wil een model van nijverheid auteursrechtelijk beschermd worden, dan is daarvoor voldoende dat het een origineel of oorspronkelijk karakter heeft. De auteurswet stelt geen extra eis in die zin dat er sprake van Kunst of kunstzinnigheid moet zijn.

Voordat wij echter deze gevolgtrekking met een schoon geweten de onze kunnen maken, wacht ons nog een confrontatie met artikel 21 der Modellenwet. In artikel 21 erkent de BTMW dat modellen mede auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn. Maar als voorwaarde voor die bescherming door het auteursrecht stelt zij opnieuw vol aplomb en in (grammaticaal) klare taal het kunstvereiste. Hoe is dit te rijmen met onze stelling dat het kunstvereiste nu juist niet speelt?

Artikel 21 BTMW

Artikel 21 van de Benelux Tekeningen en Modellenwet, leden 1 en 2 luiden:

1. Tekeningen of modellen, die een duidelijk kunstzinnig karakter vertonen, kunnen tegelijkertijd door deze wet en door de Auteurswet worden beschermd, indien aan de in deze beide wetten gestelde voorwaarden is voldaan.

2. Van bescherming uit hoofde van de Auteurswet zijn uitgesloten tekeningen of modellen die geen duidelijk kunstzinnig karakter vertonen.

Moeten wij aannemen, dat de Modellenwet een hogere drempel voor auteursrechtelijke bescherming opwerpt dan de Auteurswet? Dat een duidelijk "kunstzinnig karakter" minder snel moet respectievelijk zal worden aangenomen dan een eigen, oorspronkelijk karakter?

Voor tekeningen en modellen is het van het hoogste belang dit te onderzoeken. De eenvormige Beneluxwet heeft immers de status van een Verdrag en heeft dus voorrang boven de nationale wet²⁰. In Beneluxverband althans zou dan de in het vorige hoofdstuk getrokken conclusie, dat ook voor de bescherming van modellen van nijverheid de Auteurswet niet méér eist dan een eigen, oorspronkelijk karakter, moeten wijken voor een zwaarder criterium.

¹⁸ Handelingen II 1971/72 3280/3281, 3421 r.k., 3432 r.k., 3439/3440, 3453 r.k.

¹⁹ Op. cit. - zie noot 14.

²⁰ Verkade, Uiterlijk, nr. 10; zie ook infra p. 18/19.

Inmiddels heeft de Hoge Raad bij arrest van 29 november 1985, BIE 1986, 55, Screenoprints-Citroën, besloten om de bewuste vraag voor te leggen aan het Benelux - gerechtshof. Dat zal ons niet beletten om een schets te presenteren van de geschiedenis van de polemiek rond artikel 21 BTMW.

Het gevaar bestaat altijd, dat, wanneer een juridisch struikelblok een "issue" wordt, om met de woorden van Verkade te spreken, de onderliggende problemen door het ge - woel van de polemiek en de veelheid der meningen troebel worden. Issue is de eis van "duidelijke kunstzinnigheid", die art. 21 BTMW stelt aan modellen die auteursrech - telijke bescherming invoeren, in Nederland zeker geweest. Het aantal publicaties is tal - rijk en veel protagonisten van de auteursrechtelijke doctrine hebben zich op het slagveld laten zien. Om te vermijden, dat de beschrijving van het probleem een beschrijving van de kamp in de wetenschap wordt, wil ik eerst uiteenzetten hoe de moeilijkheden zijn ontstaan.

Het begin van alle narigheid schuilt zonder twijfel in de ogenschijnlijk ondubbel - zinnige tekst van de wet, die "duidelijke kunstzinnigheid" eist. Stellig wordt de indruk gewekt dat dit keer niet gewoon oorspronkelijkheid, maar inderdaad artisticeit van een hoger niveau geëist wordt. Ook de Memorie van Toelichting wekt alleszins die schijn (we zullen erop terugkomen), maar toch ook weer net niet in zo'n eenduidige bewoordingen dat iedere discussie daarover zinloos wordt. Het zal blijken dat bij menigeen de mening heeft postgevat, dat de Memorie van Toelichting zich "vergist" heeft.

In ieder geval: de letterlijke tekst van de wet valt niet zo maar uit te vlakken. Men kan ten aanzien van de "duidelijke kunstzinnigheid" drie standpunten innemen. Men kan over een veronderstelde hoge drempel in zijn nopjes zijn. Men kan er ook niet gelukkig mee zijn, maar menen, dat de tekst van de wet geen ruimte meer laat voor een geloofwaardige andere redenering. Dan wordt het een uitdaging om het toepassings - gebied van de bepaling te beperken. Tenslotte kan men alles in het werk stellen om het dwangbuis der duidelijke kunstzinnigheid toch weer te versoepelen tot het milde corset van oorspronkelijkheid. Alle drie de mogelijkheden vindt men in de literatuur ver - tegenwoordigd.

Het is echter niet het eind van het dilemma. Er heeft zich een complicatie voorgedaan als gevolg van Nederlands wetgevend ingrijpen in de Auteurswet. Wie er ook voelde voor de "duidelijke kunstzinnigheid", de Nederlandse Tweede Kamer niet. Zoals wij hierboven onder 1 gezien hebben, zag men in de aanrollende Modellenwet een be - dreiging van de auteursrechtelijke bescherming van weliswaar oorspronkelijke, maar niet in verheven zin artistieke modellen. Om die bescherming veilig te stellen werd nu in de Auteurswet een amendement opgenomen dat de beschermingswaardigheid van deze voortbrengselen boven iedere twijfel verhief. Zulks geschiedde ondanks het protest van de Minister van Justitie die liet weten het een zinloze actie te vinden. Allereerst, zo voerde de Minister aan, primeerde de BTMW als bijlage bij een Verdrag boven de gewone wet. Voorts moest het lex posterior beginsel de voorrang geven aan het crite - rium van de modellenwet. Hierover barstte een nieuw dispuut los, dat zich vermengde met het eerste. Wij zullen nu summier bezien welke posities men zoal heeft betrokken.

Daarbij past allereerst een onderzoek van de Memorie van Toelichting bij de BTMW, waarbij aangetekend moet worden dat niet aanstonds duidelijk is welke positie dit stuk nu eigenlijk inneemt. Twijfels omtrent die positie kunnen al opkomen bij lezing van de inleiding van de Memorie, die enerzijds in ondubbelzinnige bewoordingen een duidelijk kunstzinnig karakter eist doch anderzijds laat weten dat men geen wijziging heeft willen brengen in het bestaande auteursrecht. Het algemeen deel van de Memorie van Toelichting fourneert echter onder 5 een nadere uitleg omtrent de verhouding tot het auteursrecht:

"In de inleiding is reeds vermeld dat in België alle tekeningen of modellen bescherming volgens de Auteurswet genieten, zelfs degene die geen kunstzinnig karakter vertonen, terwijl in Luxemburg en Nederland slechts werken van op nijverheid toegepaste kunst worden beschermd, dat wil in dit geval dus zeggen kunstzinnige modellen. Aangezien het niet gewenst is, dat na het in werking treden van deze wet modellen, welke niet uitgesproken kunstzinnig zijn, in België door de Auteurswet worden beschermd, en niet in beide andere landen, is op dit punt ook het auteursrecht gelijkloidend gemaakt door de uitdrukkelijke bepaling, dat modellen welke geen duidelijk kunstzinnig karakter vertonen van bescherming door de Auteurswet zijn uitgesloten".

Dit lijkt een heldere verklaring te geven van de bedoelingen, die de wetgever had met de invoering van de term "duidelijk kunstzinnig". Men wilde de lagere standaard die in België gold voor het verwerven van auteursrechtelijke bescherming, aanpassen aan de standaard in Nederland en Luxemburg. In Nederland kon dus onverkort de oorspronkelijkheid als criterium voor auteursrechtelijke bescherming van modellen gehandhaafd blijven, in overeenstemming met de woorden van diezelfde Memorie van Toelichting, waar zij stelt, dat het niet wenselijk werd geoordeeld bij een wet op de modellen belangrijke wijzigingen aan te brengen in het bestaande auteursrecht (algemeen deel, inleiding) en dat de ontwerper, die geen modelrechtelijke bescherming wenste, "zonder enige beperking" de bescherming kon invoeren die de *auteurswetten* (!) hem toekennen. Maar het commentaar bij artikel 21 geeft opnieuw aanleiding tot verwarring. Wanneer in een model een kunstwerk is verwerkt dat nog auteursrechtelijke bescherming geniet, voldoet het model niet vanzelf aan het vereiste van artikel 21 lid 1, zo leest men daar. Artikel 21 stelt immers de eis van de aanwezigheid van een duidelijk kunstzinnig karakter van het model.

Hetzelfde geldt, vervolgt de Memorie, als een kunstwerk dat geen bescherming meer geniet van het auteursrecht maar waarvan het duidelijk kunstzinnig karakter onbetwifelbaar is, in een model verwerkt is. Het model zal slechts dan als een model met een duidelijk kunstzinnig karakter aangemerkt worden, als de speciale verwerking van het kunstwerk in het model dit karakter vertoont. Aan het eind van het hoofdstuk zullen wij trachten de teksten van de Memorie van Toelichting met elkaar in overeenstemming te brengen, maar dat zij voedsel gaven aan verdedigers van uiteenlopende stellingen, mag niemand verbazen.

Het ligt niet in mijn bedoeling om diep in te gaan op alle argumenten die zijn aangevoerd; veeleer wil ik mij beperken tot de grote lijnen van het debat.

De Dr. E. Boekmanstichting²¹ had het vuur geopend met de stelling dat de auteurs - rechtelijke bescherming van modellen door het criterium van duidelijke kunstzinnigheid werd beperkt en dat die beperking niet mocht worden aangelegd. Een jaar tevoren was Limperg reeds tegen het criterium van leer getrokken, maar zonder zich uit te laten over de vraag of het nieuwe criterium ook een verzwaring inhield²². Wèl van mening dat een (ongerechtvaardigde) extra eis werd gesteld was Cohen Jehoram²³, die later echter zal omgaan²⁴. Braun en Evrard verdedigden eveneens dat er sprake was van een extra eis maar stemden daar ook mee in²⁵. Haardt²⁶ tenslotte hield zich op de vlakte; maar hoe - wel hij constateert dat het de vraag is of de Beneluxwetgever een nieuwe scheidslijn heeft willen trekken, neemt hij toch het zekere voor het onzekere en ontwerpt een constructie die voor een belangrijk deel de angel uit het criterium van duidelijke kunst - zinnigheid wil halen, door het criterium alleen maar van toepassing te achten op reeds gedeponeerde en dus al modelrechtelijk beschermde voorwerpen. De door Haardt ver - dedigde oplossing heeft in de rest van de literatuur geen stormachtig onthaal gevon - den²⁷.

Molijn²⁸ tenslotte beperkt zich tot de constatering dat de rechter misschien minder snel geneigd zal zijn een tekening of model als werk in de zin van de Auteurswet te be - schouwen, zoals ook de Minister van Justitie in een veel eerder stadium had gevonden dat het een kwestie was die door de rechter moest worden uitgemaakt²⁹.

Van het begin af aan is echter ook al verdedigd dat het vereiste van duidelijke kunst - zinnigheid uitsluitend geïnspireerd was door de historische achtergrond van het Bel - gisch auteursrecht, dat immers "alle" modellen had beschermd. Dit argument werd in het midden gebracht door Phaf³⁰ die zelf bij de voorbereiding van de wet betrokken was geweest. Deze zienswijze wordt onderschreven door Maeijer, die echter niet uit - sluit dat de Nederlandse rechter iets minder gul zal worden met het aannemen van au - teursrechtelijke bescherming³¹, door Cohen Jehoram, Gotzen, Verkade, Van Dijk, Wichers Hoeth en Van Nieuwenhoven Helbach³².

²¹ Rapport Dr. E. Boekmansstichting, zie NJB 1968, 255.

²² Le projet de loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles, RIDA XXXXII, (1964), 159.

²³ Auteursrecht en Modellenbescherming, NJB 1968, 883; zie ook NJB 1973, 525.

²⁴ Nogmaals: Auteursrecht op Modellen, NJB 1974, 1181, De verhouding tussen modellenrechtelijke en auteursrechtelijke bescherming van industriële vormgeving in Continentaal West-Europa, NJB 1981, 695.

²⁵ Droit des dessins et modèles au Benelux, Bruxelles 1975, p. 227-243.

²⁶ In: Het recht op een tekening of model en het Auteursrecht, NJB 1974, 1176.

²⁷ Vgl. Cohen Jehoram, NJB 1974, 1181; Braun en Evrard, op. cit. p. 237 en 238; Van Dijk, Modellenrecht, Amsterdam 1975, p. 81; Wibbens in noot bij Hof 's Hertogenbosch 24 september 1980, AMR 1982, 36; Verkade, Uiterlijk, p. 153.

²⁸ BIE 1975, 38.

²⁹ Zie Handelingen II zitting 1971-1972, 3421 rechterkolom.

³⁰ Nogmaals bescherming van werken van 'op nijverheid toegepaste kunst', NJB 1968, 385.

³¹ Samenloop van Auteursrecht en Modellenrecht bij bescherming van werken van toegepaste kunst, BIE 1974, 227.

³² Zie resp.: Cohen Jehoram, zie supra, zie ook: Cumulatieve rechtsbescherming van industriële vormgeving en de eenheid van de intellectuele eigendom, BIE 1984, 183; Gotzen, Rechtskundig Weekblad 1974-1975, 2120 e.v.; Verkade, WPNR 1975, 5289; BIE 1979, 195 en Uiterlijk, p. 151; Van Dijk, op. cit. p. 81; Wichers Hoeth, Kort Begrip, p. 65; Van Nieuwenhoven Helbach, Industriële eigendom en Mededingsrecht nr. 492.

In de latere jaren lijkt de literatuur toe te groeien naar de opvatting dat duidelijke kunstzinnigheid niet méér behelst dan oorspronkelijkheid³³. In de egotrip die wetgevend Nederland in het begin van de jaren zeventig ondernam en die het criterium der duidelijke kunstzinnigheid reeds bij voorbaat onschadelijk moest maken door in de Auteurswet simpel en duidelijk op te nemen dat tekeningen en modellen van nijverheid onder de wet vielen, heeft de doctrine in het algemeen weinig brood gezien. Behalve Cohen Jehoram³⁴ en Steinhäuser³⁵ wilden de meeste schrijvers in het voetspoor van Phaf³⁶ en de Minister van Justitie³⁷ aannemen, dat er, zoal niet van een *lex posterior* (daar kan men terecht aan twijfelen), dan toch van een boven de wet primerend Verdrag sprake was. Het is aannemelijk de in de nationale wetten opgenomen Bijlage als een deel van het Verdrag te beschouwen. Het is minder aannemelijk en bovendien dan niet behulpzaam om de wijziging in de Auteurswet, die met het oog op de Modellenwet tot stand kwam en op dezelfde datum als die laatste in werking trad, als een posterieure wet te kenschetsen.

De rechtspraak heeft in het hele debat tot dusverre weinig van zich laten horen. De enige uitspraak die zich expliciet uitlaat over de aan de orde gestelde kwestie (Hof 's Hertogenbosch 24 september 1980 en tussenarrest 6 februari 1980, Olly-Optima)³⁸ stelt zich op het standpunt, "dat er geen reden is om aan te nemen dat met het bepaalde in de eerste twee leden van artikel 21 van die eenvormige wet is bedoeld het stelsel van de Auteurswet (.....) te doorbreken (.....)". Duidelijke kunstzinnigheid is niet vereist. Het arrest wordt gemotiveerd met een passage uit de Memorie van Toelichting: "De ontwerper van een kunstzinnig model, die geen prijs stelt op de bescherming van deze wet, kan zonder enige beperking de bescherming invoeren die de Auteurswetten hem toekennen". Er staat dus niet: de auteursrechtelijke bescherming die door de Modellenwet wordt toegekend. Van de andere kant staat ook weer vast dat de auteursrechtelijke bescherming zoals die vroeger in België gold, geen opgeld meer doet. De geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting zal misschien drijfzand blijken te zijn. Wij komen op de Memorie echter nog terug.

Komend tot een voorlopige conclusie geloven wij dat inderdaad zeer belangrijke argumenten pleiten voor het handhaven van het oorspronkelijkheidscriterium en het dien overeenkomstig invullen van de term "duidelijk kunstzinnig".

Allereerst is daar het feit dat het criterium van een-beetje-meer-dan-alleen-maar-oorspronkelijk voor de rechter niet hanteerbaar is, en trouwens ook niet voor de deskundige. Het oorspronkelijkheidscriterium lijkt mij al moeilijk genoeg. Als "duidelijke oorspronkelijkheid" als kwaliteitscriterium gehanteerd moet gaan worden, vrees ik voor de grootst mogelijke onduidelijkheid³⁹. Daarnaast waarschuwt Verkade⁴⁰ terecht voor

³³ Anders: Van Oven, *Handelsrecht*, p. 491.

³⁴ NJB 1974, 1181.

³⁵ Naschrift, NJB 1974, 982

³⁶ NJB 1968, 386.

³⁷ Zie *Handelingen II* zitting 1971-1972, 3421 en 3438.

³⁸ AMR 1984, 34; BIE 1982, 313.

³⁹ Vgl. Wichers Hoeth, p. 65, Verkade, *Uiterlijk*, p. 152.

⁴⁰ Verkade, *loc. cit.*

de reciprociteitsregel van de Berner Conventie. Een hogere drempel voor auteursrechtelijke bescherming in de Benelux creëren, kan betekenen dat de drempel voor auteursrechtelijken wier werk de Benelux als land van oorsprong heeft, op mondiale schaal wordt verhoogd. Dezelfde schrijver voert tenslotte aan dat de stringente nieuwheidseis van de BTMW op nogal wat bezwaren stuit en dat men er beter aan doet de auteursrechtelijke bescherming zoveel mogelijk te behouden. Ook deze argumenten zijn van groot gewicht.

In principe ben ik er dus voor om de mening van vele anderen te volgen en dan aan te nemen, dat de eis van duidelijke kunstzinnigheid slechts een slechte weergave is van het oorspronkelijkheidsvereiste. Niettemin zou ik hier een poging willen doen om de dwarse teksten van de Memorie van Toelichting te verzoenen met het oorspronkelijkheidsvereiste, zonder één van de twee te verwerpen of geweld aan te doen.

Wij gaan ervan uit dat het oorspronkelijkheidsvereiste met zijn lage creativiteitsdrempel de grondidee is en blijft voor iedere auteursrechtelijke bescherming. Ten aanzien van de uitsluitend creatieve categorieën, met name de vrije kunsten, kan men er eigenlijk blindelings van uitgaan dat er voldoende creativiteit aan ten grondslag heeft gelegen om voor bescherming in aanmerking te komen. Ja, de feitelijke situatie schiet ons zelfs nog verder te hulp: men kan er veilig vanuit gaan dat als er een beschermingsbehoefte ontstaat, die schepping wel "iets in zich heeft". En als het inderdaad een volmaakt banaal tafereel, beeldend, literair of anderszins betreft, dan zal de beschermingsbehoefte zich zelden voordoen. Daarbij bedenke men dat de echte counterfeiteit met artikel 1401 in de hand kan worden afgestraft⁴¹.

Nu doet zich bij de modellen dikwijls een praktische complicatie voor. Hier hebben vaak twee aspecten van het menselijk vernuft in één vorm gestalte gekregen: creativiteit én inventiviteit. (De term inventiviteit gebruiken wij hier korthedshalve voor: gerichtheid op praktisch nut. Zij heeft niets uitstaande met de uitvindingshoogte uit het octrooierecht). Daarmee verdwijnt de vanzelfsprekende harmonie die bij de puur-creatieve scheppingen waarborgt dat wat bescherming behoeft, beschermingswaardig is en wat niet beschermingswaardig is, maar zelden zal talen naar de beschutting van auteursrechtelijke privileges. Immers, wat uit creatief oogpunt banaal is, kan uit inventief oogpunt toch nog nieuw en functioneel zijn; het is een denkbare prooi voor naäpers; het vereist bescherming. Maar deze beschermingsbehoefte komt niet voort uit de artistieke of originele merites van de schepping en behoeft noch behoort door de Auteurswet gehonoreerd te worden.

Wij komen dan tot de slotsom dat waar oorspronkelijkheid bij de vrije kunst wel mag worden verondersteld zo gauw de behoefte aan bescherming manifest wordt, diezelfde behoefte aan bescherming bij modellen van nijverheid ook evengoed een indicatie kan zijn van de functionele, niet van de creatieve waarde van het model. In dat geval is het geen zonderlinge eis dat de oorspronkelijkheid of de kunstzinnigheid "duidelijk" moet zijn. Is ze niet "duidelijk" dan moet men in deze gedachtengang ervan uitgaan dat de functionele aard van de vormgeving de aandacht van de vormgever voor het leeuwedeel in beslag heeft genomen en dat hij zich niet erom bekommerd heeft om ook op het "uitzien" een eigen stempel te drukken. Dit laatste is ten aanzien van de vrije

⁴¹ Verkade, Uiterlijk, p. 43; Verkade/Spoor p. 76; Steinhäuser BIE 1985, 247.

kunst niet denkbaar; het "uitzien" is daar het enig denkbare object van zorg van de maker; er zijn geen andere aspecten van het voortbrengsel die de vorm bepalen.

In deze interpretatie betekent het vereiste van duidelijkheid niet dat een hoger artistiek peil wordt gevraagd, doch enkel dat het oorspronkelijk karakter ondanks de functionele bestemming *herkenbaar* moet zijn gebleven. Ik neem een overdreven voorbeeld. Ontwerpt men een steel van een vork, die uitloopt in een weelderige, barokke schelp, dan is het duidelijk dat de ontwerper met andere dan functionele elementen bezig is geweest en zal als vanouds de aanwezigheid van een relatief laag oorspronkelijk karakter al voldoende zijn voor bescherming door de Auteurswet. De decoratie staat betrekkelijk los van de vorm, de ontwerper heeft een brede eigen marge gehad en daardoor wordt de beslissing of zijn model oorspronkelijk is, vergemakkelijkt. Nemen wij nu een vork - steel in "functionele" stijl, waarbij alle franje is weggelaten. De vorm is sober; de marge voor de ontwerper wordt zeer gering; er is minder ruimte voor het eigen stempel. Een artistiek ontwerper kan die vorm zodanig gestalte geven dat de oorspronkelijkheid voor iemand met een enigszins ontwikkelde smaak herkenbaar en waardeerbaar is. Ook dan staat de toepasselijkheid van de Auteurswet buiten kijf. Maar wat nu, als die vorm in "functionele" stijl geen enkele pretentie heeft? Het verschil tussen een banaal uiterlijk en een uiterlijk waaraan een oorspronkelijk talent van weinig overtuigend niveau heeft gewerkt is dan met de beste wil van de wereld niet meer te onderscheiden. In dat geval nu wil de wetgever van de BTMW expliciet niet beschermen, maar voor de wetgever van de Auteurswet geldt mijns inziens (impliciet) niet anders. Geheel afgezien van het niveau, is eenvoudig niet duidelijk of er überhaupt een poging tot vormgeving met een eigen karakter is gedaan. Het is die onzekerheid op de eerste plaats, die maakt dat het kunstzinnig karakter - de oorspronkelijkheid - niet duidelijk is⁴².

Schildert daarentegen dezelfde ontwerper zijn middelmatige vork met olieverb op linnen, dan is de vorm wel beschermd. Dan is immers duidelijk dat de maker niet met de functie bezig is geweest (met een geschilderde vork kan men niet eten) maar zich inderdaad bewust op de vorm geconcentreerd heeft. Het oorspronkelijk karakter hoeft zich dan niet meer "duidelijk" te manifesteren, maar volgt uit de situatie.

⁴² Een korte opmerking wil ik hier maken om een misverstand te voorkomen. In het algemeen deel van de Memorie van Toelichting, onder 3, wordt gezegd, dat (bij gebreke van een depotsysteem) het feit dat het bestaan van uitsluitende rechten slechts uit de praktijk van het dagelijkse leven te kennen is, voor duidelijk kunstzinnige modellen geen bezwaar is. Van Dijk (op.cit. p. 79) leidt hieruit af dat met de duidelijke kunstzinnigheid bedoeld is dat de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid algemeen en gemakkelijk herkenbaar moet zijn voor het publiek en de rechter. Dat zou betekenen dat werken van authentieke ambachtstkunst, die alleen als duidelijk kunstzinnig te herkennen zijn bij enige aanleg of voorafgaande scholing géén voorwerp van auteursrecht zouden zijn. Zo'n consequentie noemt de schrijver te ongerijmd om aanvaardbaar te zijn. Dat laatste moet men hem ongetwijfeld toegeven, maar ik geloof niet dat die gevolgtrekking noodzakelijk is. Als men het heeft over een duidelijk kunstzinnig karakter dan meen ik dat de maatstaven moeten worden aangelegd van mensen die daarover met verstand kunnen oordelen. Als ook die ernstige bedenkingen hebben over de kunstzinnigheid, krijgt het model niet het voordeel van de twijfel. Vraag is of men dan niet tegen de redenering van de Memorie ingaat, omdat zo ook voor bepaalde kunstzinnige modellen dat duidelijk kunstzinnige karakter moeilijk in de praktijk van het dagelijkse leven te kennen is. Ik meen van niet. Ten eerste zal de duidelijke kunstzinnigheid ook in het dagelijkse leven vaak herkenbaar zijn. Per slot van rekening zijn de mogelijke inbreukmakers ook vaak mensen met een minimum aan oog of instinct voor wat een model voorstelt. Ten tweede neemt de Memorie van Toelichting zelf ook de mogelijkheid van een uitzondering op de koop toe: er wordt immers niet gezegd dat bij de duidelijk kunstzinnige modellen de afwezigheid van depot geen *enkel* bezwaar is, maar dat het geen *overwegend* bezwaar is.

Het zojuist gegeven voorbeeldje van de met olieverf geschilderde vork doet de vraag rijzen of de uiteenzettingen van de Memorie van Toelichting bij artikel 21 niet vooral zijn toegespitst op modellen met uitsluiting van de tekeningen. Normaal gesproken wordt het woord 'modellen' gebruikt als verzamelterm voor modellen én tekeningen (MvT, algemeen, 4e alinea) maar het onderhavige probleem doet zich met name bij modellen voor. "Duidelijke kunstzinnigheid" wordt bij modellen immers slechts dan geëist, indien niet duidelijk is of de vormgeving inderdaad object van zorg is geweest van de maker, dan wel puur bij toeval zo is uitgevallen. Ten aanzien van tekeningen geldt echter dat een dessin normaal gesproken niet "bij toeval" ontstaat, maar met een uitdrukkelijk esthetisch motief. Het ligt dan voor de hand dat er sprake is van bewuste eigen vormgeving en dat hoeft niet meer uit het werk zelf *duidelijk* te blijken.

De twee passages, die in de artikelgewijze toelichting over het duidelijk kunstzinnig karakter handelen, hebben naar mijn mening niet zozeer betrekking op de *kunstzinnigheid* van het model, maar op de kunstzinnigheid van het *model*. Ze zeggen, dat die kunstzinnigheid niet zo maar verkregen kan worden, door op een banaal gebruiks-voorwerp een copie van een artistieke creatie (of die creatie zelf) te schroeven of te timmeren. Als men het model wil beschermen, dan moet de oorspronkelijkheid *mede* zitten in de oorspronkelijke combinatie van het nuttige en het "aangename" en die harmonie wordt niet verkregen door met een grote schroefbout een, ik noem maar wat, bronzen replica van het beeld van Mariken van Nimwegen ergens op een gebruiks-voorwerp te monteren. Ook zonder dat er sprake is van smakeloze gevolgen kan er gebrek aan (duidelijke) oorspronkelijkheid van het *model* zijn. Monteert men Mariken op een marmeren blok als presse-papier, dan is het resultaat mogelijk oogstrelend. Niettemin geloof ik dat deze inval om een model te scheppen zodanig banaal is, dat er geen auteursrecht op het model ontstaat naast dat wat op Mariken rust. Dit zowel in het licht van art. 21 BTMW als in het licht van de Auteurswet-sec. Wie kunstwerk en gebruiksvoorwerp koppelt, is daarom nog geen auteur. Pas degenen, die dat doet volgens een eigen oorspronkelijk vormconcept is auteur.

In deze zin zou men de Memorie van Toelichting moeten lezen als die stelt, dat wanneer in een vorm een kunstwerk is verwerkt dat nog auteursrechtelijke bescherming geniet, het model niet vanzelf aan het vereiste van artikel 21 lid 1 voldoet, omdat het niet duidelijk kunstzinnig is. Het is de kunstzinnigheid van het model die telt en niet die van Mariken. De kunstzinnigheid (oorspronkelijkheid) van de presse-papier nu kan best enigszins in het brein van de maker hebben bestaan, maar is niet duidelijk genoeg geworden, omdat ook een wat vormgeving aangaat geheel banale geest die inval zou kunnen hebben gekregen. Zoals bij sommige modellen het inventief idee moet worden onderscheiden van het creatief idee, zo moet hier het enkele idee om kunstwerk en gebruiksvoorwerp te combineren, gescheiden worden van de concrete uitwerking van dat idee. Alléén die uitwerking is - eventueel - oorspronkelijk. Maar hetzelfde doet zich voor als bij modellen met een functioneel effect: als het oorspronkelijk aspect daarin niet duidelijk naar voren springt, lijkt het of de ontwerper zich toch meer om (in casu) het *idee* van het combineren dan om de *vorm* van de combinatie heeft bekommerd.

En zo voortgaande zou ook de zin van die tweede opmerking van de Memorie van Toelichting duidelijk kunnen worden, welke vaststelt dat ook ten aanzien van modellen die zich "bedienen" van een kunstwerk dat geen bescherming meer geniet van de Au -

teurswet, geldt dat zij slechts een duidelijk kunstzinnig karakter verwerven als de speciale verwerking van het kunstwerk in het model dit karakter vertoont: "Indien het model *dit* duidelijk kunstzinnig karakter mist, kan het auteursrecht voor het daarin verwerkte kunstwerk niet ingeroepen worden om de namaak van het *model* te verbieden" (cursief A.Q.).

Er zijn nauwelijks schattingen te maken van het aantal al dan niet op voetstukjes gemonteerde verlichte scheve torentjes van Pisa, Sint Pieterjes te Rome, Eiffeltorentjes en dergelijke dat over de wereld is gespoeld. Het kunstzinnig karakter van de weergegeven scheppingen is, meen ik, onbetwifelbaar. Het kunstzinnig karakter van de daarvan afgeleide verlichtingsarmaturen is echter hoogst dubieus, ook als men kunstzinnig als niet meer dan origineel interpreteert. Dit soort modellen, waarschuwt de Memorie, worden niet auteursrechtelijk beschermd door de artistieke glans van hun voorbeelden, zelfs als er sprake zou zijn van een "nieuw" model (de toren van Pisa als aansteker, al is ook dat misschien niet nieuw meer).

Ook hier weer: *juist omdat bij modellen het functionele aspect op de voorgrond kan staan, wordt van het creatieve aspect gevraagd dat het duidelijk is*. Misschien dat inderdaad iemand beoogd heeft om Eiffeltoren en huiskamerverlichting in een betoverende synthese te laten versmelten. Maar het idee van het verbinden van de Eiffeltoren met tal van dagelijkse prullaria is veeleer banaal. Er mag vanuit gegaan worden dat de ontwerper aan het model als versmelting van die twee elementen geen bijzondere oorspronkelijke vormgeving heeft willen geven. Ook in deze kwestie - het kunstwerk dat met een gebruiksvoorwerp verbonden wordt - beperkt de Memorie van Toelichting zich mijns inziens vooral tot modellen. Dat zegt iets over het geval dat men voor ogen heeft gehad. De wetgever heeft vermoedelijk gedacht aan de casus dat iemand een gebruiksvoorwerp heeft ontworpen dat niet origineel is; hij "schroeft" daar echter een erkend kunstwerk op. Daarna pretendeert hij dat het model *als geheel* auteursrecht geniet, ook in zijn onderdelen, ook in het oorspronkelijk van bescherming verstoken gebruiksvoorwerp. Uiteraard heeft men hier een stokje voor willen steken. Voor tekeningen ligt dit anders. Het aanbrengen van een dessin op een voorwerp brengt immers nooit en te nimmer bescherming van de vorm van dat *voorwerp* mee. Voor dat misverstand hoefde men niet te vrezen. Anders was het in het geval dat twee driedimensionale voorwerpen werden versmolten tot een eenheid.

Niettemin vermeldt art. 21 BTMW uitdrukkelijk dat ook tekeningen een 'duidelijk kunstzinnig' karakter moeten hebben. Gevallen zoals wij die geschetst hebben bij modellen zullen zich bij tekeningen echter zelden voordoen. Ze zijn echter ook niet geheel uitgesloten. Men denke aan het geval dat een Nijmeegse ondernemer correspondentiepapier op de markt brengt met een afbeelding van het beeldje van Mariken van Nimwegen. Zo een idee is banaal, en het uiterlijk van het postpapier zal geen bescherming ontfangen aan het enkele feit, dat het beeldje van Mariken auteursrechtelijk beschermd is. Dat wordt pas zo, als dat correspondentiepapier daar als *zodanig* een duidelijk oorspronkelijk karakter door krijgt. Zo kan er zichtbaar aandacht besteed zijn aan een mooie grafische vormgeving, en kan de plaatsing op de bladspiegel en in het geheel van de verhoudingen van die bladspiegel een verzorgd eigen karakter hebben; zo zou men het silhouet van Mariken kunnen verstrengelen met een voorgedrukte handelsnaam. Maar aldus verzinnen wij een op tekeningen toegespitst voorbeeld dat erg nauw aansluit bij de modelcasus die de wetgever blijkbaar zo obsederend voor ogen heeft ge-

zweefd; doet men dat niet, dan wordt toepassing van de teksten van de Memorie op tekeningen een benarde onderneming. Verkade heeft dit treffend geïllustreerd met voorbeelden⁴³.

De bovenstaande interpretatie vergemakkelijkt tenslotte de uitleg van de door Verka - de aangehaalde zin uit de Memorie van Toelichting, volgens welke de namaak van het niet duidelijk kunstzinnige model niet verboden kan worden met een beroep op auteursrecht op het (daaraangekoppelde, A.Q.) kunstwerk. Het is mogelijk dat hier met "model" niet bedoeld wordt het geheel van gebruiksvoorwerp en kunstwerk, maar het gebruiksvoorwerp *los* van het kunstwerk. En dan is het zonneklaar dat het gebruiksvoorwerp niet als parasiet mag profiteren van het origineel karakter van het kunstwerk. Anders moet men aannemen dat een kunstwerk, dat oorspronkelijk is, die oorspronkelijkheid kan verliezen in de combinatie met een niet duidelijk kunstzinnig model: en dus, mits in die combinatie, zou mogen worden gecopieerd. Het is niet aannemelijk dat de wetgever dit werkelijk bedoeld heeft, of hij is wel zeer rigoreus te werk gegaan.

Legt men de Memorie van Toelichting in de boven voorgestane zin uit, dan meen ik dat ook fervente voorstanders van het simpele oorspronkelijkheidscriterium er geen ongerijmdheid en geen steen des aanstoots meer in kunnen zien.

Het komt mij voor, dat deze uitleg niet alleen het voordeel heeft oorspronkelijkheidsvereiste en eis van duidelijke kunstzinnigheid te verzoenen, maar dat zij ook een aantoonbaar nut heeft, een nut, dat zowel de pure "oorspronkelijkheidsuitleg" als de pure uitleg van artistiek niveau ontberen.

Zoals wij zagen levert de eis van duidelijke kunstzinnigheid uitsluitend een aparte indicatie in het geval van driedimensionale modellen uitgevoerd in een "functionele" stijl: modellen dus, waarbij de invulling van de open vorm sober is gehouden. Bij die modellen moet de oorspronkelijkheid "duidelijk" zijn. Die eis acht ik verstandig en gerechtvaardigd. Komt de rechter, die gewend is aan een lage oorspronkelijkheidsdrempel, oog in oog te staan met een dergelijke creatie, dan komt hij allicht in tweestrijd. Als de oorspronkelijkheid zich niet opdringt, wordt het heel lastig om uit te maken of er nu oorspronkelijkheid aan het ontwerp ten grondslag ligt of niet. Geeft de rechter, gewend aan het milde criterium van de Auteurswet, toe, dan bestaat het gevaar dat steeds meer banale modellen het voordeel van de twijfel wordt gegund. Evengoed als ik wil aannemen dat de wetgever de bescherming van de Auteurswet voor oorspronkelijke modellen heeft willen handhaven, neem ik aan dat hij het vervagen van de grens tussen wat banaal en oorspronkelijk is, 'duidelijk' heeft willen vermijden. Het is mogelijk dat dezelfde vrees voor het afglijden naar bescherming door het auteursrecht zelfs van banale modellen, Braun en Evrard er mede toe inspireerde om het duidelijk kunstzinnig karakter van de Modellenwet los te koppelen van het kunstzinnig karakter der Nederlandse Auteurswet⁴⁴: "Mais si l'on examine la jurisprudence, surtout celle de ces dernières années, on est amené à constater que la notion de 'caractère artistique' est interprétée de manière de plus en plus large, ainsi que le relève d'ailleurs Haardt". Tot hier en niet verder. Anders beschermt men alle (louter) 'nieuwe' modellen auteursrechtelijk en wordt het creëren van een aparte modelrechtelijke bescherming een zinloze zaak.

⁴³ Vgl. Uiterlijk, p. 147, kleine letters.

⁴⁴ Op. cit. p. 234.

Naast het feit dat het bovengenoemd criterium de zich voortslepende controverse op een bevredigende manier kan oplossen, geloof ik dus tevens dat het op een genuanceerder manier is aangepast aan de bedoeling van de wetgever dan de andere aangehangen criteria. Diezelfde wetgever heeft intussen wel orakeltaal gesproken. Hij had gerust iets meer inzicht in zijn motieven en zijn gedachtengang mogen verschaffen.

Conclusie en terugkoppeling op het probleem van de techniek in de auteurswet

Het resultaat van onze interpretatie van artikel 21 BTMW is dat de daar gestelde eis voor bescherming van modellen door het auteursrecht inderdaad in overeenstemming te brengen is met de conclusie die wij op p. 8 trokken: voor bescherming door de Auteurswet is inderdaad niet meer dan originaliteit of oorspronkelijkheid vereist.

Staat aldus buiten discussie dat óók voortbrengselen die een technisch effect dienen mede onder auteursrechtelijke bescherming *kunnen* vallen, mits ze maar *oorspronkelijk* zijn, zo kleeft die vaststelling toch een onduidelijkheid aan. Er is in de literatuur immers herhaaldelijk de aandacht op gevestigd dat de techniek niet in het veld van het auteursrecht valt. Is de vaststelling dat een technisch voortbrengsel beschermd kan worden, niet in tegenspraak met het principe dat "techniek" niet beschermd kan worden? Sluit technische bepaaldheid wellicht 'oorspronkelijkheid' uit? En zo ja, wanneer?

Deze dubbelzinnigheid is natuurlijk niet onopgemerkt gebleven. Verschillende schrijvers hebben haar aan de kaak gesteld. Veldkamp⁴⁵ worstelde reeds met het probleem: "Er zijn modellen waarmede zeker iets origineels geleverd is, welke toch onmogelijk onder het begrip kunstwerk, zelfs in de meest ruime zin, gevat kunnen worden, namelijk de louter technische modellen." De schrijver hekelt de willekeurige achterstelling van deze categorie bij de "artistieke modellen", hoewel ze in het maatschappelijk verkeer toch even grote diensten bewijzen. Hij onderzoekt echter niet of naar aanleiding van het criterium originaliteit inderdaad geen onderscheid gemaakt kan worden tussen technische en niet-technische voortbrengselen.

Een restrictie komen we ook bij Verkade⁴⁶ tegen, maar hij sluit alleen die technische vormen van auteursrecht uit die een technische voorsprong opleveren ofwel een optimaal technisch effect realiseren. Hij koppelt dit aan de eis van het persoonlijk karakter van het auteursrecht: optimalisering brengt mee dat een andere, latere ontwerper, die even deskundig is, tot hetzelfde resultaat zal komen. Daarmee lijdt het persoonlijk karakter schipbreuk.

Deze redenering is zeer belangwekkend, omdat ze een link legt tussen het ruggemerk van het auteursrecht (het persoonlijk karakter) en de uitsluiting van een bepaalde categorie van 'de techniek'. Toch blijven er ook in deze gedachtengang nog vragen open. Wat als er twee (even) optimale oplossingen mogelijk zijn? De situatie is heel goed denkbaar, dat twee technisch verschillende methoden praktisch even goede resultaten afwerpen! Moet men dan beide van bescherming uitsluiten of beide beschermen? Voor het

⁴⁵ Veldkamp, P.M., Bescherming van Modellen, NV XXI (1942-'43), 213.

⁴⁶ Uiterlijk, nrs. 25 en 100.

één pleit het feit dat er nog steeds sprake is van geoptimaliseerde oplossingen die technisch niet te verbeteren zijn. Voor het ander pleit de vaststelling dat een andere, even deskundige persoon nu niet noodzakelijk tot hetzelfde resultaat komt: in zekere zin is er dan wel weer de mogelijkheid van een persoonlijk karakter van de gevonden oplossing.

En dan: wat wordt er nu *precies* bedoeld met een optimale oplossing of een technische voorsprong? Laten we het voorbeeld nemen dat iemand in een beschaving waar gladde vloeren onbekend zijn, als eerste op het idee komt een tafel op drie poten te maken. Dit is een onmiskenbaar optimale oplossing want tafels op drie poten wiebelen niet. Voor deze vorm zal dus geen auteursrecht bestaan. Nu zijn de poten, ook voor het eerst niet rond, maar vierkant. Is ook dit idee uitgesloten van bescherming? Vanzelfsprekend niet: dit staat los van het optimale effect. Maar het maakt op dat moment wel deel uit van de optimale vorm! Uitsluiting van de optimale vorm is dus nog niet uitsluiting van het *geheel* van die vorm.

Maar interessanter is het nog om het door Verkade geformuleerde criterium te toetsen aan het dilemma waarop Bodenhausen stootte bij zijn bespreking, in NJB 1954⁴⁷ van het Hijskraan-arrest van HR 26 juni 1953⁴⁸. De Hoge Raad zegt daar dat het niet verboden is gebruik te maken van het geopenbaarde resultaat van inspanning, inzicht of kennis van een concurrent om de deugdelijkheid of bruikbaarheid van een produkt te bevorderen, tenzij door een ander aan de Octrooiwet of aan de Auteurswet ontleende rechten daaraan in de weg staan. De Auteurswet echter, constateert Bodenhausen, beschermt nu juist niet de deugdelijkheid en de bruikbaarheid, maar alleen de artistieke⁴⁹ vorm van producten. Uit het feit dat de Hoge Raad niettemin mede het auteursrecht noemt, zou derhalve kunnen worden afgeleid, dat de Hoge Raad het oog heeft gehad ook op andere vormen van navolging dan juist ten aanzien van deugdelijkheid of bruikbaarheid. Aannemelijk schijnt echter, aldus nog steeds Bodenhausen, dat de Hoge Raad hier slechts gedacht heeft aan gevallen, waarin een artistieke vorm zelf op deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt van invloed kan zijn - bijvoorbeeld de stroomlijn van een auto of vliegtuig -, voor welke gevallen het voorbehoud van auteursrecht dan terecht gemaakt is⁵⁰.

Wordt hier niet *juist* de bescherming van een optimale vorm, van een vorm die een technische voorsprong oplevert, verdedigd? Of moet men de nadruk leggen op Bodenhausens formulering, dat een artistieke vorm hier van invloed is op de deugdelijkheid? Men kan denken aan het geval, dat een ontwerper, uitgaande van artistieke inspiratie, een sportauto een "snel" uiterlijk geeft. Maar de gestroomlijnde auto maakt de auto ook inderdaad sneller, al is er nog geen sprake van een "optimale" aërodynamische vorm. Juist doordat het scheppingsproces "artistiek" verloopt en niet iedere keer aan rationele maatstaven getoetst wordt, komt er geen optimale vorm tot stand. Op die manier kan men Verkades en Bodenhausens meningen verzoenen, totdat er een artistiek gecreëerde vorm opduikt die toch optimaal blijkt te zijn. Wat dan? Wij zullen trachten een eigen antwoord te vinden.

⁴⁷ De rechtmatigheid van technische navolging, NJB 1954, 365.

⁴⁸ HR 26 juni 1953, BIE 1953, 55; AA 1953, 10; NJ 1954, 90.

⁴⁹ Indien wij dit lezen als 'oorspronkelijk', wordt het door Bodenhausen gestelde probleem niet anders.

⁵⁰ NJB 1954, 367, noot 1.

Het probleem is nu dus uit te vinden wat de uitsluiting van de techniek in het auteursrecht precies betekent en waar die uitsluiting uit voortvloeit.

B. OORSPRONKELIJKHEID VOLGENS DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK

In het voorafgaande overzicht werd duidelijk dat voorwerpen met een technische functie in sommige gevallen werden beschermd door auteursrecht wegens hun oorspronkelijk karakter, en dat in andere gevallen het technisch karakter hun nu juist het oorspronkelijke karakter ontnam.

Aan de hand van wat wij de 'leer van het subjectieve werk' willen noemen, zullen wij trachten tot een nadere omschrijving te komen van wat technisch respectievelijk oorspronkelijk karakter is en hoe de verhouding tussen die twee is. oorspronkelijk.

Het subjectieve werk

De eis van het persoonlijk karakter is door de Hoge Raad als volgt weergegeven, dat sprake is van een werk in de zin van art. 1 Aw, als het betrokken object de uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen⁵¹. Dit door de aard van de maker bepaalde persoonlijke karakter dat aan een werk in de zin van de Auteurswet eigen is, zo meent Van Nieuwenhoven Helbach⁵², ontbreekt aan de oplossing van een technisch probleem. Hij doelt hier, naar wij mogen aannemen, op wat Veldkamp⁵³ noemt "louter technische" werken. De vorm van deze voortbrengselen is volstrekt door hun functie bepaald: ze zijn "puur functioneel". Het gaat om een resultaat dat dus geheel door de wetmatigheden van de natuur wordt bepaald en derhalve niet afhankelijk is van de persoonlijkheid van degene, die dat resultaat teweeg brengt. Spreekt men van het creatief karakter van een vorm met een uitsluitend nuttige bestemming dan heeft men het over een andere creativiteit dan die welke ten grondslag ligt aan de Auteurswet. Deze laatste doelt op een creativiteit van de bron, het creatieve scheppen om het scheppen zelve. En het is dit soort creativiteit dat wij in het kader van het auteursrecht als 'oorspronkelijkheid' aanduiden. Het 'geesteskind' kan het persoonlijk karakter niet ontberen, want het is nu een keer niets anders dan juist de *persoonlijke* vormgeving.

Het 'creatieve' karakter van geheel functionele vormgeving heeft betrekking op de methode, op de gevonden uitweg in het veld van de logica en de natuurwetten: zij heeft zich in die zin nu juist ontdaan van het persoonlijke. Het loutere ingenieurswerk is geen 'eigen persoonlijke' schepping, maar een *keuze* of constructie: de ontwerper heeft de mogelijkheden die hij zich voorstelt getoetst aan de logica alvorens ze te realiseren. Zijn werk is niet persoonlijk qua natuur, maar qua 'keuze'; zijn creatieve bron is niet inspiratie maar inventiviteit.

Wij stellen dus tegenover elkaar: oorspronkelijkheid en inventiviteit. Wat de oorspronkelijkheid van de inventiviteit onderscheidt, is dat de oorspronkelijkheid in wezen niet praktisch gericht is. Haar uitdaging en de voldoening om haar resultaat hebben op zichzelf niets met de aanwendbaarheid daarvan te doen. Inventiviteit is nu juist een pro-

⁵¹ HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712.

⁵² Noot bij President Rechtbank Alkmaar 21 juni 1978, BIE 1979, 260, Skibsrud.

⁵³ Veldkamp, NV XXI, 1942-'43, 213.

bleemoplossing, op een praktisch effect gericht. De inventiviteit wordt uitgedaagd door een concrete moeilijkheid en de oplossing daarvan is het resultaat dat zij beoogt. Daar - om volgt de ingenieur de wil van de natuur, de auteur daarentegen zijn eigen wil, of zelfs, met ieders volle instemming, zijn eigen willekeur.

Om oorspronkelijkheid en inventiviteit te onderscheiden bestaat een toets die ik de theorie van het subjectieve werk zou willen dopen. Deze theorie plaatst het verschil tussen oorspronkelijkheid en inventiviteit niet in de fase van het maken van het werk: dat is meer een opgave voor een psycholoog dan voor een jurist. De jurist kan echter wel uit de voeten met een criterium dat aangrijpt bij de *controle* die de maker, al dan niet bewust, uitvoert als het werk tot stand gekomen is. Betreft het een technisch werk volgens onze omschrijving, een werk dus waarmee het bereiken van een praktisch resultaat beoogd wordt, dan zal de maker toetsen of het apparaat zijn functie ook inderdaad vervult. Deze toets is *objectief*. Werkt het instrument niet, dan moet er aan gesleuteld worden tot het wel werkt. Dat hangt niet van het persoonlijk oordeel van de maker af, maar van het gestelde doel.

Anders is het gesteld met een creatief werk, waar originaliteit, oorspronkelijkheid dan wel eigen en persoonlijk karakter aan ten grondslag liggen. Hier is het uitsluitend de smaak van de maker die bij de controle het laatste woord heeft. Of de schilder nog wat rose moet toevoegen of de dichter nog wat adjectieven, kan geen enkele objectieve maatstaf voorschrijven. Het hangt van hun eigen, *subjectief* inzicht af. Wij spreken dienovereenkomstig van subjectieve leer of van de theorie van het subjectieve werk, of - wel, beknopt, van de subjectieve leer.

Bij tal van objecten (modellen en bijvoorbeeld leerboeken) doen beide aspecten zich voor; dit doet echter aan de waarde van het onderscheid niet af.

Deze leer kan mede dienstig zijn om te bepalen waarom vormen die mede een technische functie hebben auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten, en meer precies: welk aspect van die vormen die bescherming geniet. Wij zullen dat nu nader bezien aan de hand van het verschil tussen wat ik noem "puur functionele" en "open" vormen.

Puur functionele tegenover open vormen

Men kan de vormen met een technische functie scheiden in twee categorieën. Al - lereerst zijn daar de *louter* technische, of *puur* functioneel bepaalde vormen. Dit zijn vormen ten aanzien waarvan, wil men het bedoelde technische effect bereiken, geen enkele eigen variatie mogelijk is, of slechts zo'n geringe variatie dat die nooit een eigen oorspronkelijk karakter kan hebben.

Originele vormen die werkelijk volstrekt door de door hen te vervullen functie bepaald zijn, zijn schaars. Men kan denken aan het profiel van autobanden die meer grip op de weg opleveren bij nat weer; men zou zich een bepaalde techniek van kabel - vlechten kunnen voorstellen die een sterkere kabel met een karakteristiek uiterlijk oplevert. In zulke gevallen is het uiterlijk niet auteursrechtelijk beschermd⁵⁴. Ook bij kleine onderdelen van modellen ziet men natuurlijk vaker puur functionele vormen, maar voor het overige gaat het dan om wat ik 'open' vormen noem.

⁵⁴ Zie p. 29.

Minder zeldzaam zijn de gevallen waarin weliswaar enige variatie in de vorm valt aan te brengen maar niet voldoende om er een oorspronkelijk karakter aan te verlenen. In de jurisprudentie hebben zich daarvan gevallen voorgedaan. Enige illustratieve voorbeelden zullen wij hieronder aanhalen.

In 1935 werd voor het Hof te Amsterdam auteursrechtelijke bescherming ingeroepen voor een verkeerszuil⁵⁵. Het Hof oordeelde dat de vorm van de zuil slechts de belichaming was van uit de nuttigheid voortvloeiende vereisten en dat de eigenaardigheden in de vorm van te ondergeschikt belang waren.

Een dag later, op 15 maart 1935, oordeelde de Rechtbank te 's Hertogenbosch over een broodtrommel⁵⁶ waarbij bescherming werd gezocht voor wat ik samenvattend zal noemen haar rond-sluitende uiterlijk. De Rechtbank oordeelde echter dat de verkregen lijn en vorm (plastiek) in overwegende mate waren te beschouwen als gevolg van de vervulling der doelmatigheidsopgave en voor de rest geen noemenswaardige afwijkingen vertoonden van de normale esthetische kwaliteiten van soortgelijke huishoudelijke artikelen.

Het Hof te 's Gravenhage velde een oordeel over het uiterlijk van Bally-schoenen⁵⁷: "dat toch vorm en lijn en kleur hier zoozeer liggen binnen de grenzen van hetgeen in het algemeen ten aanzien van het maken van schoenmodellen uit den aard der zaak gegeven en dus algemeen gebruikelijk is, dat de bijzondere arrangementen enkel een kwestie van goeden smaak zijn, en het werk dan ook alle persoonlijk en oorspronkelijk karakter mist".

Een dergelijke uitspraak zou zeker niet ten aanzien van iedere schoen opgaan. In de zestiger jaren wees het Amsterdamse Hof auteursrechtelijke bescherming van een was-automaat af⁵⁸, omdat de vorm in hoofdzaak bepaald was "door factoren van praktische bruikbaarheid, welke voor een oorspronkelijke artistieke vormgeving zeer weinig mogelijkheden bieden". Omdat het kooplustige publiek voor de nieuwe 'lijn' van een was-automatenmerk dat haar jongste generatie lanceert een gevoeligheid aan de dag blijkt de leggen waar een doctorandus in de kunstgeschiedenis bij zou verbleken, vraag ik mij af of het Hof hier misschien niet vormgevoeliger had kunnen zijn⁵⁹.

Niet voor kritiek vatbaar, althans qua motivering, is daarentegen het oordeel dat hetzelfde Hof tien jaar later uitsprak over spotlights⁶⁰, inhoudende dat hun vorm niet of nauwelijks uitkwam boven de eisen van nut en bruikbaarheid en een persoonlijke en oorspronkelijke vormgeving miste.

Ook registratiepapier voor bloedanalyse vond geen genade in de ogen van het Hof: vorm en opdruk waren langs technische weg door de werking van het (analyse) apparaat bepaald⁶¹.

Dit laatste geval verschilt in aard van de voorgaande. Daar werd de vorm veeleer bepaald door wat door de natuur geïndiceerd werd. Nu wordt de vorm bepaald door een door de mens ontworpen machine. Als die machine evengoed geschikt kan worden

⁵⁵ 14 maart 1935, NJ 1936, 37.

⁵⁶ 15 maart 1935, NJ 1936, 13.

⁵⁷ 9 februari 1942, NJ 1942, 371.

⁵⁸ 4 juni 1963, BIE 1964, 74.

⁵⁹ Vgl. ook rapport Dr. E. Boekmanstichting NJB 1968, 253.

⁶⁰ Hof Amsterdam, 11 januari 1973, NJ 1973, 300.

⁶¹ Hof Amsterdam 21 februari 1974, NJ 1974, 485.

gemaakt voor andersoortig registratiepapier, kan de vormgeving ook gewijzigd worden. In beide soorten gevallen echter hebben wij te doen met een puur functionele vorm.

Een heel fraai voorbeeld van een door haar nuttige functie gedetermineerde vorm werd aan het Amsterdamse Hof voorgelegd op 2 februari 1978⁶²: de vorm van een zeilplank (windsurfplank) is uit het oogpunt van deugdelijkheid en zeilvaardigheid van het geheel aan zo strikte eisen gebonden dat, indien er al sprake mocht zijn van vrije vormgeving, deze niet de inzet kan zijn geweest van kunstzinnig streven van de makers, zo oordeelde het college in de 9e rechtsoverweging.

Daarnaast wil ik het Hof Arnhem⁶³ aanhalen, dat in 1979 ten aanzien van enkele architectonische oplossingen van mening was dat die technische problemen betroffen en naar auteursrechtelijke beginselen niet voor bescherming in aanmerking kwamen. Ten slotte oordeelde de Rechtbank te Utrecht⁶⁴ dat een serie eenheidssloten voor de woningbouw in dusdanige mate bepaald (was) door eisen van technisch-functionele aard (...) dat aan deze sloten onvoldoende eigen (kunstzinnig) karakter toekwam, om voor bescherming uit hoofde van de auteurswet (...) in aanmerking te komen. Dit vonnis werd in appèl bevestigd⁶⁵.

Er zijn echter ook vormen, die wij *open* vormen noemen, en die wel een technische functie hebben, maar waarvan het uiterlijk daar alleen in zijn algemeenheid, maar niet tot in détail door wordt bepaald. Als voorbeeld van open vormen noem ik stoelen en tafelbestekken. Tot op de dag van vandaag worden er auteursrechtelijk te beschermen stoelen gemaakt hoewel er al ontelbare vormen van zijn en vooral: hoewel de vorm in zijn wezenstrekken technisch gedetermineerd is! Iedere stoel heeft een zitvlak en een leuning nodig, en bovendien een constructie die het zitvlak op zithoogte brengt. Ik zou over poten (of een poot) gesproken hebben, ware het niet dat Limperg⁶⁶ al eerder Verkade op bestraffende toon had toegesproken dat sedert de Rietveldstoel het idee dat stoelen poten moeten hebben obsoleet is. Omdat de term zitvlakhefconstructie een wat wonderlijk Nederlands woord oplevert, hou ik het toch maar op de term "poten", van nu af dan in brede, overdrachtelijke zin.

Functionele eisen bestaan bij de open vorm echter alleen maar in abstracto. Functie - neel is het feit *dat* een stoel poten heeft, maar de concrete vorm van die poten dient geen onmisbaar technisch doel. Bijgevolg is ook alleen de abstracte vormeis van bescherming uitgesloten en is de concrete vorm, mits origineel, beschermd. Niemand kan auteursrechtelijke bescherming inroepen voor het feit dat hij vier poten onder de door hem ontworpen stoel gezet heeft; voor de concrete originele vorm echter kan hij zich op de Auteurswet wel beroepen. Met tafelbestekken doet zich hetzelfde voor. Een vork heeft een steel en tanden. Voor het overige bestaat "de" vorm van een vork niet; ieder geeft er zijn eigen vorm aan die onontwarbaar verstrengeld is met het functionele element. Menig edelsmid of ontwerper geeft het bestek een oorspronkelijk, auteursrechtelijk beschermd uiterlijk.

⁶² 2 februari 1978, BIE 1979, 240 Mistral/Windsurfer.

⁶³ 26 juni 1979, BIE 1980, 95 Chalet Suisse.

⁶⁴ Rechtbank Utrecht 11 april 1985, KG 1985, 129.

⁶⁵ De beslissingen van Rechtbank en Hof zijn te kennen uit HR 25 april 1986, NJ 1986, 531. De auteursrechtelijke kwestie was in cassatie niet meer aan de orde.

⁶⁶ BIE 1985, 383-386.

Men hoede zich bij open vormen voor het verwarrend taalgebruik der zogenaamde artistieke 'functionele' vormgeving. Het schrappen van franjes en tierelantijnen die voor de functionele eisen overbodig zijn, betekent niet dat die vorm méér dan andere "de" technisch noodzakelijke uitvoering benadert, want die uitvoering bestaat domweg niet, behoudens de steel en de tanden. Het zijn slechts ontwerpen die van een zekere eenvoud getuigen en waaraan vermoedelijk méér artistieke transpiratie geofferd is dan aan veel blijvende krulvormen. "Functionele kunst" is evenbedoeld, verwarrend taalgebruik heeft dus niets te maken met technisch noodzakelijke vormen. Het bewijs daarvoor is dat als men twee verschillende kunstenaars beiden een 'functioneel' ontwerp laat maken, die twee ontwerpen niet hetzelfde zullen zijn en zelfs belangrijk uiteen kunnen lopen.

Het onderscheid tussen puur functionele en open vormen moet scherp in het oog worden gehouden als men het over uitsluiting van technische vormen door het auteursrecht heeft. Het merkwaardige is, dat dit onderscheid wel in de praktijk als een vanzelfsprekendheid is geaccepteerd, maar dat het bij mijn weten nergens duidelijk onder woorden is gebracht.

Puur functionele vormen zijn per definitie niet-oorspronkelijk. Open vormen kunnen oorspronkelijkheidswaarde hebben.

Wij zullen geen voorbeelden van open vormen uit de jurisprudentie noemen. In tegenstelling tot de (vrijwel) puur functionele vormen immers, wemelt het van voorbeelden van open vormen om ons heen; het is niet nodig om rechtspraakgevallen aan te halen.

"Oorspronkelijke keuze" en leer van het subjectief bepaalde werk

Alle kurketrekkers met een schroefdraad zijn qua technisch concept, in abstracto, gelijk, hoewel ze uiterlijk, in concreto, beduidend kunnen verschillen. Maar de minder bekende kurketrekker waarbij twee smalle metalen lippen tussen kurk en fles worden ingebracht verschilt ook in abstracto. Een ander geval: de meeste flesse-openers legt men horizontaal aan de dop waarbij een plat metalen lipje als hefboom dient. De concrete uitwerking verschilt, het abstracte principe is gelijk. Ook *abstract* afwijkend is de opener die men wel op zakmessen aantreft en die met de platte kant verticaal op de dop wordt gezet, waarbij een klein tandje onder de plooiën van de kroonkurk wordt gedreven. Abstract verschil los van concrete vormgeving vertonen tenslotte de één, drie- of vierpotige stoel. In het navolgende hebben wij het uitsluitend over geheel technische vormen, abstract oftewel puur functioneel.

De subjectieve leer nu ontzegt bescherming aan deze abstracte alternatieven, onder het motto dat ze technisch zijn en objectief bepaald. De ontwerper toetst immers in de eerste plaats of ze functioneren, niet of ze bij hem toevallig in de smaak vallen. Volgens de theorie van het subjectieve werk hebben dit soort alternatieven dus geen oorspronkelijk karakter.

Daar staat een andere opvatting tegenover, die ik hier kortweg aanduid als de leer van de oorspronkelijke keuze. Deze legt er de nadruk op, dat er wel degelijk een subjectief element in het spel is. De technische alternatieven kunnen dan als zodanig weinig speelruimte voor de subjectieve inbreng van de maker achterlaten, maar die subjectieve inbreng komt wel degelijk aan bod wanneer de maker uiteindelijk voor één van de alternatieven kiest. Een ingenieur die drie ontwerpen in zijn hoofd vormt die alle drie even goed zijn, kan alleen nog op persoonlijke gronden een van de drie kiezen. Die keuze is persoonlijk en derhalve *oorspronkelijk*; en de oorspronkelijke keuze krijgt uitdrukking in de uiteindelijke gestalte van het werk, zo redeneert men.

Dit effect doet zich nog versterkt voor wanneer de maker in het kader van zijn ontwerp voortdurend dergelijke keuzes moet treffen, die weer op hun eigen wijze op elkaar inspelen. Naar mate de subjectieve keuzes cumuleren, redeneert men, krijgt het werk een meer uitgesproken eigen en persoonlijk karakter.

Het criterium van de oorspronkelijke keuze wordt in Nederland op het ogenblik sterk aangehangen. Men vindt het te hooi en te gras in jurisprudentie en literatuur. Wij moeten dus trachten duidelijk te maken, wat de bezwaren zijn van de theorie van het subjectieve werk tegen het aannemen van eigen en persoonlijk karakter op grond van een oorspronkelijke keuze.

Kenmerkend voor het begrip oorspronkelijke keuze lijkt me nu dat men zich dat als een keuze achteraf moet voorstellen. Het element van originaliteit gaat pas spelen ná het totstandkomen van het werk en ná de objectieve controle of het werk goed functioneert. Tijdens het totstandbrengen wordt de vorm niet door de luim van de ingenieur maar door de wet van de natuur bepaald. In zoverre ontbreekt in die fase, in auteursrechtelijke zin, originaliteit. Ná de totstandkoming echter is de keuze van de ingenieur een originele doordat hij andere mogelijkheden (bestaande, toekomstige, of door hemzelf ontwikkelde alternatieven) terzijde heeft gelaten om aan de bewuste vorm de voorkeur te geven. De ingenieur stelt dus voorop een objectieve toetsing, of het werk goed functioneert; pas daarna komt zijn subjectieve voorkeur in het spel, die hem voor deze oplossing doet kiezen met voorbijgaan van andere, gelijkwaardige mogelijkheden.

Twee arresten, waarin de Hoge Raad zich verdiept heeft in het wezen van het oorspronkelijkheidsvereiste, leveren de bouwstenen voor ons antwoord op.

Allereerst werd in het al eerder geciteerde arrest van 28 juni 1946, NJ 712 beslist "dat alleen de vormgeving die uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet".

Het uiterlijk van de puur functionele vorm of het abstracte substraat van een open vorm is niet een uiting van wat de maker bewoog, maar van wat hij begreep dat voortvloeide uit de wetten der natuurkrachten. Wel uiting van wat de maker beweegt is zijn keuze, maar niet die keuze, doch reeds de vormgeving had het karakter van een eigen uiting moeten hebben.

Nog duidelijker wordt de oplossing aangedragen in de formule die de Hoge Raad in zijn arrest van 27 januari 1961⁶⁷, waar als maatstaf wordt aangelegd of een werk (ge-schrift) 'als vrucht van scheppende arbeid een eigen of persoonlijk karakter draagt'. Niet de keuze, maar de scheppende arbeid zelf moet het oorspronkelijk karakter aan het werk hebben verleend.

Een objectief werk blijft dus objectief, ook als men er een - als het ware in tweede instantie - subjectieve voorkeur voor heeft. Hoewel de geciteerde zinsneden grond voor die opvatting opleveren verklaren zij niet andere vragen. Zo kan men zich afvragen, of hetgeen nu volgens de Hoge Raad geen oorspronkelijk karakter draagt, daarmee automatisch ook geen vrucht van scheppende arbeid is. Anders gezegd: ligt aan het technisch alternatief soms geen scheppende arbeid ten grondslag? Is dat niet in strijd met het wijdverbreide woord, dat deze of gene ingenieur een intelligente, *creatieve* oplossing voor het probleem heeft gevonden? Het zou gemakkelijk zijn deze uitlating op ondoordacht taalgebruik te gooien, maar het is lonender haar nader te analyseren.

Allereerst: auteursrecht beschermt niet alle scheppingen⁶⁸ waarbij op creatieve talen - ten een beroep wordt gedaan. Het staat buiten twijfel dat uitvindingen, ook als er een 'creatieve' gedachte in schuilt, geen auteursrechtelijke bescherming genieten. Wat houdt de auteursrechtelijke eis van oorspronkelijkheid dan in?

Onderwerp van auteursrechtbescherming is een oorspronkelijke schepping. Maar wat wordt bedoeld met schepping? Naar mijn idee moet niet alleen het scheppen, maar ook de schepping, het *resultaat*, creatief zijn. Een *probleem* is niet iets wat de mens creëert, maar dat de feitelijke situatie, fysica of logica hem voorschotelen. En bij de probleemoplossing kan de mens vindingrijk in de middelen zijn, maar niet scheppend ten opzichte van het resultaat. Het feit zelf dat zijn inventiviteit wordt bekroond met de oplossing van het probleem, maakt dat het *resultaat* geen creatie van de uitvinder of ontwerper is, maar iets dat al aan het begin van de kwestie verborgen ligt in de onderlinge samenhang der natuurwetten.

Wat inventiviteit dus van oorspronkelijkheid onderscheidt, is dat op creatieve wijze wordt toegewerkt naar een resultaat waaraan dat creatief karakter niet inherent is.

Wij hebben enige stellingen ontwikkeld. Het wordt tijd om die te toetsen aan de praktijk.

⁶⁷ HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 met noot HB; AA X, 179.

⁶⁸ Hoewel de Auteurswet het woord niet gebruikt en consequent rept over het 'werk' en zijn 'maker', is het woord 'schepping' of 'schepper' geaccepteerd taalgebruik in de literatuur: zie bijvoorbeeld Van Lingen p. 43, Wichers Hoeth p. 151, Komen/Verkade p. 25, De Beaufort p. 65. Ook in de jurisprudentie bedient men zich van deze woorden; vgl. ook het in 1985 ingevoerde art. 45a Aw. Pfeffer/Gerbrandy is echter even secuur met zijn woordkeus als de wet; neemt hij scheppings-terminologie aan, dan is dat veeleer verwijzend naar jurisprudentie die zulks doet (vgl. p. 25 en 203).

TOEPASSING VAN DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK OP GEVOLGVORMEN: CONSEQUENTIES

In het vorige hoofdstuk hebben wij uiteengezet hoe het oorspronkelijkheidsvereiste in de interpretatie van de subjectieve leer het technisch aspect van modellen uitsluit van auteursrechtelijke bescherming. Daarmede is een aparte behandeling van de toepassing van die leer op gevolgvormen - voor de terminologie zij verwezen naar p.55 - overbodig geworden. Gevolgvormen zijn immers niets anders dan modellen van nijverheid: beide hebben als kenmerk dat zij (mede) een nuttig effect beogen. Dat maakt dat beide ook in principe 'brede' begrippen zijn: zo moeten ook machines¹ en bouw - werken als gevolgvormen en/of als modellen van nijverheid worden aangemerkt.

Er zijn wel redenen om een apart hoofdstuk te wijden aan de *consequenties* die toepassing van de subjectieve leer heeft in het domein van de gevolgvormen. Daarbij staat voorop de kwestie, of er - nu de auteursrechtelijke bescherming moet wegvallen - nog andere middelen openstaan waarmee het 'technisch effect' tegen overname beschermd kan worden.

Daarbij kan men aan twee constructies denken. Men zou kunnen overwegen om op grond van artikel 1401 BW een actie uit onrechtmatige nabootsing mogelijk te maken voor de oorspronkelijke ontwerper. Men kan ook omzien of niet de BTMW in bepaalde gevallen, ondanks de uitsluiting van het technische effect in artikel 2 lid 1 BTMW, soe - laas kan bieden.

¹ De mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van de oorspronkelijke vormgeving van machines lijkt mij een evidentie. Wat is een auto, een vliegtuig, een plezierjacht anders dan een machine? Hoevelen beleven niet een uitgesproken esthetisch genoegen (en dus veel meer dan de Auteurswet minimaal eist) aan een antieke wals of stoomlocomotief? Maar laten wij het begrip machine enger opvatten en beperken tot de motor. Hier kan de oorspronkelijkheid van de maker zich minder laten gelden en winnen de eisen en de wil van de natuur terrein. Niettemin geloof ik dat ook hier vaak nog ruimte is voor de 'niettechnische ontwerper'. Het esthetische gevoel is hoe langer hoe minder geschokt als techniek 'bloot komt te liggen'. Buizen en raderen mogen gezien worden, getuige het commerciële succes van de doorzichtige Swatch-horloges. Maar doórdát ze gezien worden, gaat men de marges die men nog heeft, uitbuiten om de prestatie ook uit esthetisch oogpunt geslaagd te doen zijn. De marges zijn vaak nog opvallend ruim. Men denke slechts aan de motorfiets, waarbij ontwerpers met een minimum aan elementen (windscherm, benzinetank, uitlaten) die ook nog voor een groot deel functioneel bepaald zijn, echte wonderen van vormgeving verrichten. Mijn conclusie is eenvoudig en komt erop neer, dat het uiterlijk van een machine oorspronkelijk kan zijn in de zin van de Auteurswet; de machine valt onder de categorie van modellen van nijverheid; haar technische verdiensten zijn van bescherming uitgesloten op dezelfde wijze als hierboven ten aanzien van modellen betoogd werd.

Met artikel 1401 BW zullen wij ons in het navolgende slechts summier bezighouden en wel omdat wij menen dat een 1401-bescherming van technische vondsten uitgesloten moet worden geacht. Artikel 14 lid 5 BTMW sluit de 1401-actie uit voor feiten die een inbreuk op een model inhouden. De (negatieve) reflexwerking van dit artikel brengt mee dat 1401 dan óók niet kan worden aangegrepen om een technische vondst te beschermen: het is immers onwaarschijnlijk dat de wetgever het technisch effect in artikel 2 lid 1 BTMW zou hebben uitgesloten van bescherming met de bedoeling dat artikel 1401 zich dan alsnog over dat technisch effect zou ontfemen; en als dit merkwaardigerwijze wel zijn intentie zou zijn geweest dan had hij in artikel 14 lid 5 uitdrukkelijk moeten bepalen dat de uitsluiting van de onrechtmatige daadsactie niet gold voor het technisch effect. Wat betreft modellen van vóór 1975 heeft de Hoge Raad in de nabootsingsjurisprudentie, welke op p. 38 e.v., beknopt aan de orde komt, zo duidelijk en standvastig gekozen tegen een dergelijke bescherming, dat het praktisch gezien weinig zin heeft daaraan te gaan tornen. We zullen op p. 44 verdedigen dat brutale counterfeiting geheel los gezien van de nabootsingsproblematiek een onrechtmatige daad kan opleveren.

Dat betekent dat wij ons in dit hoofdstuk geheel zullen concentreren op de vraag, of de Modellenwet in voorkomende gevallen het technisch aspect van een model kan beschermen, en aldus het terrein kan bestrijken waar bescherming door het auteursrecht ontbreekt. Volgens de meerderheid van de schrijvers is dit, althans gedeeltelijk, mogelijk. Zelf zullen wij tot een andere conclusie komen.

Onder B komen wij dan alsnog terecht op een illustratie van de toepassing van onze theorie. Wij zullen daar uiteenzetten hoe de subjectieve leer wordt toegepast op bouwwerken. Weliswaar zijn bouwwerken ook slechts een categorie van modellen van nijverheid, niettemin bekleden zij in de praktijk vaak een aparte plaats. Misschien omdat de architectuur nu een keer een wereld is die los wordt gezien van de wereld van industriële vormgeving in het algemeen. Hoe dan ook, wij zullen de bouwwerken hun eigen plaats niet misgunnen en de gelegenheid aangrijpen om onze ideeën nogmaals aan de hand van een praktisch exemplaar toe te lichten.

A. ARTIKEL 2 LID 1 BTMW: UITSLUITING VAN WAT NOODZAKELIJK IS VOOR HET VERKRIJGEN VAN EEN TECHNISCH EFFECT

De Benelux Tekeningen en Modellenwet (BTMW), ingevoerd in 1975 biedt bescherming aan het nieuwe uiterlijk van voortbrengselen die een gebruiksfunctie hebben. In de BTMW geldt geen oorspronkelijkheidseis. Een categorische uitsluiting van techniek is dus niet te construeren via de eis van eigen en persoonlijk karakter, zoals de subjectieve leer dat voor het auteursrecht doet. In plaats daarvan biedt het modellenrecht een expliciete wettelijke bepaling: "Van de bescherming uit hoofde van deze wet is uitgesloten datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect" (Artikel 2 lid 1). Maar is deze uitsluiting even categorisch als de subjectieve leer voorschrijft voor het auteursrecht? Volgens een belangrijk deel van de doctrine niet: men verdedigt dat lang niet iedere vorm met een technisch effect van bescherming door de BTMW is uitgesloten, terwijl sommigen zelfs zo ver zijn gegaan dat zij de hele bepaling hebben willen "weg-interpreteren".

Analyse van het probleem. Resultaatgerichte leer, apparaatgerichte leer

Artikel 2 lid 1 BTMW luidt: "Van de bescherming uit hoofde van deze wet is uitgesloten datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect". In deze bepaling zit een eigenaardige dubbelzinnigheid ingebouwd. Ik neem weer het voorbeeld van de alom bekende kurketrekker met schroefdraad. De vorm van het handvat van die kurketrekker is niet noodzakelijk voor het technisch effect, dat is evident. Er moet weliswaar "n" handvat zijn, maar de vorm die men daaraan geeft laat zeer veel ruimte aan de fantasie van de maker.

- En de schroefdraad? Hier duikt een probleem op. Men kan zeggen: in tegenstelling tot de vorm van het handvat is de vorm van de schroefdraad noodzakelijk voor het technisch effect. Daar kun je niets aan veranderen. Deze benadering is *apparaatgericht*: in het apparaat, het model, onderscheidt zij de elementen die al dan niet noodwendig zijn voor het bereiken van het technisch effect.

Men kan daarentegen ook aanvoeren: de schroefdraadvorm is niet noodzakelijk voor het technisch effect, want er zijn nog wel andere methodes om een kurk te trekken. Men denke aan het model dat veel door de Franse obers wordt gehanteerd, dat geen schroefdraad heeft maar twee dunne metalen lippen die tussen de fles en de kurk ingeschoven worden. Deze redenering is *resultaatgericht*: noodzaak voor een technisch effect is er pas als het echt niet op een andere wijze kan.

Stel dat pas in 1986 iemand de *dérailleur* voor de racefiets had uitgevonden. Die *dérailleur* heeft open tandwielen en de ontwerper wil via dat uiterlijke kenmerk zijn technische vondst beschermen. Hij verricht een modeldepot. In de apparaatgerichte leer brengt hem dat geen baat: de tandwielen zijn noodzakelijk voor het technisch effect van de *dérailleur*. In de resultaatgerichte leer zal zijn depot hem beschermen: er zijn immers

al andere versnellingsystemen voor de consument op de markt, zoals de Sturmey Archer versnellingsnaaf. Er is geen sprake van een vorm die noodzaak oplevert voor het technisch effect van kunnen schakelen.

In de apparaatgerichte leer is het technisch effect dus ten allen tijde uitgesloten van bescherming: de BTMW beschermt, volgens die leer, nooit techniek. In de resultaatgerichte leer kan de BTMW wel techniek beschermen, zolang er maar andere mogelijkheden zijn om hetzelfde resultaat te bereiken.

Milde interpretatie van beide leren

Zowel de apparaatgerichte als de resultaatgerichte leer moet men naar redelijkheid interpreteren, wil men niet in absurditeiten vervallen.

Stel dat de schroefdraadkurkentrekker de enig bekende kurkentrekker zou zijn. Een keiharde resultaatgerichte leer zou dan niettemin stellen, dat er nog wel andere methodes zijn om een fles te openen: men kan immers zoals in Western-films een vuurwapen hanteren of als dat te riskant is gewoon de glaszaag. Sommige voorstanders van de resultaatleer nemen dan ook aan dat er *redelijkerwijs* een andere mogelijkheid moet zijn, een "hic et nunc realiter beschikbaar alternatief"².

In de jurisprudentie komt men enige voorbeelden tegen van een extreme interpretatie van de apparaatgerichte leer. Die gaat ervan uit dat als een model een technisch aspect heeft, het hele model moet worden uitgesloten van bescherming. Op die manier zou de Modellenwet geen enkel model meer beschermen, want modellen hebben nu eenmaal een gebruiksfunctie, beogen dus een nuttig effect, en hebben dus per definitie een technisch aspect. Ook fout is de interpretatie die alle bescherming ontzegt als het model als geheel *in meerderheid* door de technische eisen bepaald is. Alleen datgene wat noodzakelijk is voor het technisch aspect is uitgesloten. De rest kan beschermd worden, hoe bescheiden de eigen vormgeving ook mag zijn. Men vindt deze extreem apparaatgerichte opvatting treffend verwoord door President Rechtbank Leeuwarden 12 mei 1982³: "Voor bescherming op grond van de BTMW is het niet relevant of het technisch effect op diverse manieren is te realiseren doch of met de modelbepalende factoren een bepaald technisch effect is beoogd". Als de modelbepalende factoren, factoren zijn die voortvloeien uit een ten gronde liggend technisch principe wil geen enkele mogelijkheid van vormvariatie meer helpen; over technische alternatieven hoeven we het al helemaal niet te hebben. De extreem apparaatgerichte leer neemt dus aan dat een vorm noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect zelfs als er vormvariëaties mogelijk zijn en geheel ongeacht of er technische alternatieven zijn.

Nog twee andere uitspraken passen in deze extreme trend. Het Hof Arnhem oordeelde in 1981⁴ ten aanzien van twee geheel verschillende haken van prijskaarthouders - het feit zelve bewees dus reeds de mogelijkheid van vormvariatie - dat de vorm van de haken uitsluitend het gevolg was van de technische eisen die aan de haken werden gesteld. 'De haken dienen er uitsluitend voor om de houder te bevestigen (...) en wel op

² Verkade, Uiterlijk, p. 40.

³ BIE 1984, 323.

⁴ Hof Arnhem, 7 december 1981, BIE 1983, 41 met noot Ph.

een andere wijze dan geschiedt bij de overige prijskaarthouders.' (!) Zij waren dus noodzakelijk voor het krijgen van een technisch effect en niet vatbaar voor bescherming door de BTMW, in de ogen van het Hof.

In een heel vroeg geval, ook weer te Arnhem, oordeelde de President van de Rechtbank eveneens extreem⁵. Het betrof hier stadionlichtmasten. De twee modellen in het geding vertoonden belangrijke verschillen in uitvoering, maar de President was van oordeel, dat bij het model van eiseres sprake was van een vorm, die was 'ingegeven door hetgeen voor het bereiken van het technisch oogmerk (...) onmisbaar is'⁶.

De doctrine heeft deze leer niet verdedigd of zich er zelfs uitdrukkelijk van gedistantieerd. Die impliciete dan wel expliciete afkeuring is terecht naar het mij lijkt, want om te voorkomen dat een monopolie geschapen wordt voor een technische eigenschap⁷ is een zó verregaande uitsluiting niet nodig.

Stellingnamen voor de resultaatgerichte leer

Wat moet verstaan worden onder datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect? Het struikelblok van artikel 2 lid 1 werd in het jaar zelf van inwerkingtreding van de wet al aan de kaak gesteld door Braun en Evrard⁸. "Il est clair que le problème le plus difficile à résoudre est celui du choix du ou des critères qui permettront de dire si la forme apporte un concours indispensable ou simplement utile à l'obtention de l'effet technique", stellen de schrijvers op p. 57. Zij voeren voorts aan, dat nog niet elke vorm die "inséparable" is van het technisch effect, daarvoor ook "indispensable" is: "En effet, à partir du moment où une forme peut être remplacée par une autre tout en procurant toujours le même effet technique, comment pourrait-on soutenir que l'adoption de cette forme est indispensable à l'obtention du résultat technique?" Dit behelst een overduidelijke keuze voor wat wij de resultaatgerichte leer gedoopt hebben.

Gelijkgestemde geluiden vernemen wij kort daarna van Cohen Jehoram, die zelfs naar een extreem standpunt zal overhellen, te weten dat 'wellicht zelfs geen enkele' vormgeving ooit een noodzaak voor een technisch effect zal opleveren. Cohen Jehoram betoogt dat een uitsluiting als in artikel 2 lid 1 een ernstige bedreiging kan opleveren voor de bescherming van de moderne industrial design die er nu juist op uit is de vorm zoveel mogelijk afhankelijk te maken van, te richten op de (technische) functie van het te ontwerpen gebruiksvoorwerp. De term 'noodzaak' is derhalve uit den boze. De Franse tekst van de wet bezigt een geheel andere term: 'indispensable', onmisbaar. Deze term is restrictiever, maar wordt niettemin ook nog gevaarlijk geacht. De auteur besluit met te zeggen dat artikel 2 lid 1 zijns inziens een zinledige bepaling is⁹.

⁵ President Rechtbank Arnhem 13 mei 1977, BIE 1981, 269.

⁶ Het Hof verwierp later de visie van de President: Zie Hof Arnhem 19 december 1977 BIE 1981, 269. Het Hof oordeelt daar dat de litigieuze masten met lampenrekken niet hetzelfde uiterlijk behoeven en dat daarom bespreking van de vraag of art. 2 lid 1 van toepassing is achterwege kan blijven. Ergo: open vormen worden niet beschouwd als vormen die in hun geheel noodzakelijk zijn voor het verkrijgen van een technisch effect.

⁷ Algemeen deel Memorie van Toelichting, Ben. Publ. Blad 1966, 6.

⁸ P. 49-60.

⁹ Cohen Jehoram, R.M. Themis 1976, 187 e.v.

Dicht tegen de stellingname van deze auteur aan liggen de standpunten van Lim - perg¹⁰ en Van der Kooy¹¹.

Van der Kooy wijst erop dat de term 'noodzakelijk' in absolute zin en in relatieve zin te verstaan is. Leest men hem in absolute zin dan is het technisch effect onmisbaar omdat het niet door middel van een andere vorm, waarin het gebruiksvoorwerp gegoten zou kunnen worden, bereikbaar is. Zuiverder geloof ik dat Verkade het formuleert als hij stelt dat men overeenkomstig een grammaticale uitleg het technische effect van artikel 2 lid 1 op een *resultaat* kan betrekken, en dat dan, indien een even goed resultaat ook op andere wijze beschikbaar is, van een noodzaak tot navolging van de betrokken vorm niet kan worden gesproken¹². Het voordeel van de laatste omschrijving is dat de auteur zich niet vastlegt op een andere *vorm* van het(zelfde?) gebruiksvoorwerp, maar dat een veel breder scala van alternatieven aan bod komt, hetgeen mij in overeenstemming lijkt met de wetsinterpretatie van de - wat Van der Kooy noemt - absolute opvatting. Deze absolute opvatting komt dan overeen met de resultaatgerichte leer.

Men kan de term 'noodzakelijk' ook in relatieve zin verstaan, aldus Van der Kooy: "het onderwerpelijke produkt heeft een vorm die slechts vereist is voor het verkrijgen van het met dit voorwerp teweeg te brengen technische effect; met andere woorden: hetzelfde technische effect is ook bereikbaar met behulp van een (gebruiksvoorwerp met een) andere vormgeving". Deze opvatting hebben wij de apparaatgerichte leer gedoopt¹³.

Van der Kooy meent dat een interpretatie van artikel 2 lid 1 in absolute zin het meest voor de hand ligt, waarbij hij aantekent, dat vrijwel altijd de mogelijkheid bestaat een technisch effect in meer dan één vorm te gieten. Een voordeel van deze zienswijze zou volgens de schrijver zijn, dat zij het bedrijfsleven en de rechterlijke macht op het vlak van de rechtszekerheid en -gelijkheid een goede dienst zou bewijzen.

Verkade¹⁴ gooit het over een andere boeg. De Memorie van Toelichting, zo constateert hij, neemt aan dat de noodzaak voor het technisch effect spoedig aanwezig geacht moet worden; lijnrecht daartegenover bevinden zich andere stellingnames uit de doctrine. Men kan dus met evenveel recht een (nagenoeg) steeds aanwezige 'noodzaak' of 'onmisbaarheid' postuleren als een (nagenoeg) nooit aanwezige. Het is nu zaak, te

¹⁰ Praktijkids voor de bescherming van vormgeving tegen plagiaat, Deventer 1978, p. 11.

¹¹ NJB 1985, 14.

¹² Uiterlijk, p. 41.

¹³ Deze herijking door middel van een nieuwe terminologie is niet doorgevoerd dan na lang beraadslagen of zulks wel nodig was. Daarbij heeft niet de doorslag gegeven dat er tussen de opvattingen van Van der Kooy en de hier verdedigde these enige kleinere verschillen bestaan. Wij zagen immers dat Van der Kooy de vraag stelt of er een andere *vorm* denkbaar is die tot hetzelfde resultaat voert, terwijl wij de voorkeur geven aan de vraag of er een ander *middel* is; daarnaast voegt Van der Kooy, mijns inziens ten onrechte, aan zijn omschrijving van de relatieve leer toe: "met andere woorden: hetzelfde effect is ook bereikbaar met behulp van een andere vormgeving". In de apparaatgerichte leer is dit nu juist helemaal niet van belang, en zullen ook situaties voorkomen waarin het zelfde effect niet bereikbaar is met behulp van een andere vormgeving. Wel redengevend voor de nieuwe terminologie was dat het onderscheid absolute - relatieve interpretatie in de praktijk verwarrend bleek. Misschien hangt dat daarmee samen, dat de absolute leer iets "relatiefs" heeft als ze zich oriënteert aan de hic et nunc realiter beschikbare alternatieven, en dat de relatieve leer iets absoluuts heeft door haar categorische afwijzing van de techniek. Uiteindelijk hebben wij daarom gekozen voor het wat 'verhalender' criterium van resultaat- of apparaatgerichte interpretatie.

¹⁴ Uiterlijk, p. 40 e.v.

zoeken naar een redelijke tussenmaatstaf; daarvan uitgaand stelt Verkade voor zich te oriënteren op de hic et nunc realiter beschikbare alternatieven waarmee eenzelfde technisch effect (praktische bruikbaarheid) kan worden bereikt. Als een even goed resultaat ook op andere wijze beschikbaar is, kan van een noodzaak tot navolging van de betrokken vorm niet gesproken worden. Verkade distantieert zich nadrukkelijk van de opvattingen waarin het geval van technische noodzaak eigenlijk wordt weggeïnterpreteerd¹⁵.

Zowel Verkade als Van der Kooy menen dat bij de beoordeling of er sprake is van noodzaak ook economische aspecten (de financiële haalbaarheid van de alternatieve oplossing) een rol moeten spelen.

Hoe dan ook, al deze schrijvers kenmerken zich door tenminste één punt van overeenstemming, te weten dat het bestaan van een technisch alternatief voor hen voldoende is om het model onder de vleugels van de BTMW te brengen, zelfs als het puur functioneel is.

Van der Kooy meent dat de rechtspraak voor de resultaat gerichte (in zijn terminologie: absolute) interpretatie heeft geopteerd¹⁶, maar hierop valt nog wel af te dingen. Dit komt hieronder aan de orde.

Dat wil niet zeggen dat er geen uitspraken te vinden zijn die niet sterk in de richting van de resultaatgerichte leer wijzen, maar zelfs daar behoeft die keuze enige interpretatie en komt ze ons niet rechtstreeks uit de klare bewoordingen van de uitspraak tegemoet. Bedoeld zijn twee kort geding vonnissen van de President van de Rechtbank te 's Gravenhage en van de President van de Rechtbank te Zwolle.

Het Haagse vonnis¹⁷ betrof een plantenhangar. De President oordeelde dat voor het bereiken van het technisch effect vele *mogelijkheden* en variaties denkbaar zijn. Indien hij - laten we het maar aannemen - 'mogelijkheden' niet synoniem met 'varianties' heeft gebruikt, maar bedoeld heeft op een andere *technische* mogelijkheid, dan heeft hij daarmee voor de resultaatgerichte leer geopteerd; in de apparaatgerichte leer is het bestaan van een andere mogelijkheid immers irrelevant.

In de Zwolse uitspraak¹⁸ ging het om een metselprofiel. De President besloot tot een noodzaak voor een technisch effect waarbij hij aantekende dat hij voorshands moest aannemen dat de door eiser gekozen vorm niet door een andere kon worden vervangen. Wat werd er bedoeld met vorm? De keus is hier in veel hogere mate arbitrair dan in het vorige voorbeeld. Niettemin kies ik, nu de President een voor een zeer brede interpretatie vatbare term heeft gekozen, inderdaad voor die brede interpretatie; het vonnis valt daarmee de partizanen van de resultaatgerichte leer toe.

Stellingnamen voor de apparaatgerichte leer

De vorm van een voorwerp is voor een technisch effect noodzakelijk, aldus Van Nieuwenhoven Helbach¹⁹: "... indien die vorm geheel en al door het technisch effect

¹⁵ T.a.p. Uiterlijk p. 40, no. 28, vgl. ook BIE 1981, 336, r.k.

¹⁶ Van der Kooy, Op. cit. p. 15.

¹⁷ President Rechtbank 's Gravenhage 2 maart 1979, BIE 1980, 82.

¹⁸ President Rechtbank Zwolle, 31 oktober 1983, KG 1983, 355.

¹⁹ No. 398, p. 186.

wordt bepaald, zodat in de vorm van het voortbrengsel geen enkele factor medespeelt, die ter verwezenlijking van het technisch effect kan worden gemist. (...) Bevat die vorm van het voortbrengsel echter méér dan voor de verwezenlijking van het beoogd technisch effect noodzakelijk is, dan kan voor die vorm modelbescherming wel worden verkregen. De bescherming betreft dan echter enkel de bewuste met niet technische elementen aangevulde verschijningsvorm van de probleemoplossing en niet de probleemoplossing als zodanig."

Twee dingen vallen op in de analyse van Helbach. Allereerst stelt hij nergens de vraag naar technische alternatieven. Hij betreft de vraag, of er noodzaak voor het technisch effect is, geheel op het voortbrengsel zelf. Dat is het wezen van de apparaatgerichte leer. Maar bovendien heeft hij zeer scherp het onderscheid tussen puur functionele en open vormen geformuleerd: vormen "waarin geen enkele factor medespeelt, die ter verwezenlijking van het technisch effect kan worden gemist" tegenover vormen die méér bevatten dan voor de verwezenlijking van het beoogd technisch effect noodzakelijk is. Dit is opvallend, want hoewel het onderscheid tussen puur functionele en open vormen ook in de resultaatgerichte leer een rol speelt, is het toch veeleer de apparaatgerichte denker die er niet omheen kan haar onder woorden te brengen.

Mag de tekst van het handboek van Van Nieuwenhoven Helbach aldus ondubbelzinnig zijn, een latere publicatie van zijn hand in het Bijblad is dat niet helemaal²⁰. "Of het nieuwe uiterlijk (of enig wezenlijk element daarvan) voor het verkrijgen van een technisch effect noodzakelijk is", wordt daar gesteld, "hangt dus hiervan af, of voor de toepassing van dezelfde gedachte *andere* vormen van hetzelfde gebruiksvoorwerp beschikbaar zijn". Deze formulering lijkt mij nog bij een voorkeur voor de apparaatgerichte leer te passen: er wordt niet gevraagd naar eventuele technische alternatieven, maar naar andere *vormen van hetzelfde* gebruiksvoorwerp, en ik geloof dat men hier mag lezen: andere vormen van hetzelfde technische idee.

Meer twijfel kan rijzen naar aanleiding van de opmerking, dat andere vormen ter verwezenlijking van hetzelfde effect ook daadwerkelijk beschikbaar moeten zijn: "Zij mogen niet slechts bedenikbaar, imaginair zijn, maar moeten om de woorden van Verkade te gebruiken, hic et nunc realiter beschikbare alternatieven zijn"²¹. Deze toevoeging is er echter een die meer in de resultaatgerichte leer past, want wat betreft open vormen is het bedenken van een alternatief meestal niet zo'n probleem. Bovendien is de term ontleend aan een resultaatgericht schrijver.

Dit alles kan de vraag opwerpen of Helbach zijn standpunt niet gewijzigd heeft. Tenzij men uitgaat van het geval dat het technisch idee slechts in een beperkt aantal vormvariëaties kan worden gegoten. Het is alleszins mogelijk dat de schrijver deze gedachte voor ogen heeft gestaan. Als al die vormvariëaties "bezet" zijn, zou daarmee het technisch idee verkaveld zijn tussen enkele monopoliehouders. Een ander kan het niet meer gebruiken, want in welke vorm hij het technisch principe ook giet, die vorm is al gereserveerd door een ander. Misschien is er nog wel één alternatieve vorm voorhanden, maar kan die alleen gerealiseerd worden door het gebruik van zeer dure of zeldzame materialen, die door hun eigenschappen een andere vormgeving nog mogelijk ma-

²⁰ Van Nieuwenhoven Helbach, "Technische" modellen, BIE 1986, 203-208.

²¹ BIE 1986, p. 205 l.k.

ken: ze zijn bijvoorbeeld sterker, soepeler etc. Maar de prijs of zeldzaamheid maakt dat zo'n alternatief dan niet hic et nunc realiter beschikbaar is.

Concluderend mogen wij stellen dat zelfs als de hierboven aangehaalde zinnen van Van Nieuwenhoven Helbach op het eerste gezicht enigszins moeilijk te plaatsen zijn in de apparaatgerichte leer, zij er ook niet onverzoenlijk tegenover staan. Brengen wij dit dan bovendien in verband met de niet herroepen tekst in zijn handboek en met zijn herhaalde pleidooien de Modellenwet te zien als een bescherming van *vormen* en niet van *gedachten of ideeën*²², dan blijft het verantwoord deze schrijver als een apparaatgerichte denker aan te merken.

Een andere schrijver wiens stellingname naar de apparaatgerichte leer tendeert is Wichers Hoeth. "Noodzakelijk voor het verkrijgen van een technisch effect is daarom alleen die vorm, die niet veranderd kan worden, zonder afbreuk te doen aan het (technisch) functioneren van het desbetreffende voorwerp", meent de auteur²³. Deze omschrijving levert een volmaakte weergave van de apparaatgerichte leer op. Maar hier passen ernstige bedenkingen of men haar ook inderdaad zo mag interpreteren: in zijn artikel pretendeert Wichers Hoeth immers dat dit de algemene opvatting is, maar dit is nu juist niet zo. Waarmee de vraag open blijft of het uiteindelijk zijn eigen formulering (naar onze mening: apparaatgericht) of toch de 'algemene opvatting' (naar onze mening resultaatgericht) zal zijn die de voorkeur van de schrijver krijgt. Ook op andere punten verschillen wij overigens wezenlijk met Wichers Hoeths opvattingen, met name waar deze de gevallen waar sprake is van een technisch effect wil beperken tot zulke vormen die fungeren in het fabricageproces van een ander voorwerp of van, met het oog op hun gebruiksfunctie, samenwerkende voorwerpen. Daarmee worden voorwerpen die op persoonlijk gebruik en comfort zijn toegesneden, uitgezonderd. Voor deze uitzondering bestaat naar ons idee geen aanleiding. De zeilsurfplank dient bijvoorbeeld voor persoonlijk gebruik maar de vin die men erin plaatst is weer een vorm die fungeert in met het oog op hun gebruiksfunctie samenwerkende voorwerpen. Wij wijzen dit onderscheid dus af, en willen er met name op wijzen dat het woord "apparaat" in "apparaatgerichte leer" de voor persoonlijk gebruik en comfort bedoelde voorwerpen niet uitzondert. Ook een regenjas die het water moet buitensluiten is in deze zin een apparaat (vgl. p. 4).

De jurisprudentie heeft in grote meerderheid stellingen betrokken die ten gunste van de apparaatgerichte leer kunnen worden geïnterpreteerd²⁴. De moeilijkheid is echter dat de uitspraken die voorhanden zijn evengoed ten gunste van de resultaatgerichte leer kunnen worden uitgelegd.

²² Vgl. BIE 1986, 17 e.v. en 203 e.v.

²³ Het technisch effect van artikel 2 lid 1 Modellenwet, BIE 1985, 270-272, zie p. 272.

²⁴ Hof Arnhem 19 december 1977, BIE 1981, 269, Stadionlichtmast; Hof Amsterdam 23 augustus 1979, BIE 1981, 236, Sleutelring; Hof Amsterdam 20 maart 1980, BIE 1980, 205, Bloembollentransportbakjes; Hof Leeuwarden 6 april 1983, NJ 1984, 317, BIE 1984, 323, Dakbeschot - profiel; Hof Amsterdam 26 mei 1983, BIE 1984, 60, Sportregenjas en voor wat betreft de rechtbanken: President Rechtbank Utrecht 18 september 1979, BIE 1980, 205, Bloembollentransportbakjes; President Rechtbank Amsterdam 18 maart 1983, BIE 1984, 217, Roerstaafje; President Rechtbank Zwolle 31 oktober 1983, KG 1983, 355 Metselprofiel.

Als voorbeeld neem ik de zaak van de bloembollentransportbakjes, die voor de Rechtbank te Utrecht en het Hof te Amsterdam speelde²⁵. Het ging om bloembollen - transportbakjes in de bodem waarvan ontluchtingsgaatjes waren aangebracht.

Een compliment verdient de haarscherpe onderscheiding van het Hof, dat van oordeel is dat 'goed dienen te worden onderscheiden enerzijds het technisch *principe* van het aanbrengen van gaatjes in verhogingen aan de binnenkant van de bodem van bloembollentransportbakjes om de nodige luchtcirculatie ook tijdens opstapeling der bakjes mogelijk te maken en anderzijds de *wijze* waarop uit een oogpunt van vormgeving aan dit principe (mede) gestalte is gegeven'.

Een andere wijze voor het ontluchten van bloembollenbakjes dan het aanbrengen van gaatjes is niet één twee drie denkbaar. Technische alternatieven zijn er dus niet. Vorm - variatie - zoals de President formuleert, het aanbrengen op andere plaatsen en op andere wijze - des te meer. Op grond hiervan kiezen zowel de Rechtbank als het Hof voor afwijzing van de stelling dat er sprake is van een technische noodzaak voor één bepaald *patroon* van ontluchtingsgaatjes. Een conclusie met betrekking tot de keuze tussen resultaat- en apparaatgerichte leer valt hieruit intussen niet licht te trekken! Beide leren gaan ervan uit dat vormvariatie modelbescherming kan opleveren, de resultaatgerichte leer wil ook aan technische variatie nog bescherming toekennen. In de bloembollen - transportbakjescasus ging het alleen om de vormvariatie. Vormvariatie levert modelbescherming op, meent het Hof en dat kan dus beide leren bevestigen. Pas als er sprake is van een puur functionele technische variatie wordt het verschil tussen beide opvattingen op de spits gedreven. De apparaatgerichte leer sluit dan bescherming categorisch uit (het gaat om een puur technisch voortbrengsel), maar de resultaatgerichte leer zou het technische alternatief beschermen. Zij sluit immers alleen maar van bescherming uit die technische vormen die de exclusieve, enige mogelijkheid zijn om het resultaat te bereiken.

In dit verband is vermeldenswaard, dat in drie recente zaken waarin noodzaak voor het technisch effect werd aangenomen, men nergens de vraag naar eventuele technische alternatieven gesteld ziet: voldoende is dat de vorm zelf een "noodzaak" oplevert. Nu hoefde de vraag naar het technische alternatief in de zaak Adidas/Triumph²⁶, waar het een geoptimaliseerd wedstrijdzwempak betrof, niet gesteld te worden: men mocht aannemen dat er geen alternatief was. Anders lag dat naar mijn gevoel in twee zaken over respectievelijk rolcontainers²⁷ en over sportschoenen²⁸. De vormgeving van de rolcontainers wordt hoofdzakelijk bepaald door de gebruiksfunctie, meende de Assense President. In eendere zin oordeelde het Amsterdamse Hof in de sportschoenenzaak over de hielstabilisator, de grote-teenversteving etc. Hier had wel degelijk de vraag aan de orde kunnen komen of andere technische mogelijkheden uitgesloten waren; nu daar - omtrent echter het zwijgen is bewaard, wijst dit op een apparaatgerichte interpretatie.

²⁵ President Rechtbank Utrecht 18 september 1979 en Hof Amsterdam 20 maart 1980, beiden in BIE 1980, 205.

²⁶ President Rechtbank Breda 9 september 1985 KG 306.

²⁷ President Rechtbank Assen, 8 januari 1985 BIE 368.

²⁸ Hof Amsterdam 13 december 1984 BIE 1986, 116 New Impact/New Balance.

De problematiek van de "uitsluiting van het technisch effect" dateert niet van 1975, de datum van de inwerkingtreding van de BTMW. Ook voordien kon de vormgeving van produkten onder bepaalde omstandigheden bescherming genieten, met name tegen slaafse nabootsing. Deze bescherming werd gerealiseerd via artikel 1401 BW, en is door de jurisprudentie geleidelijkaan nader ingevuld. En ook in deze bescherming van vormgeving van produkten, werden grenzen gesteld aan de bescherming van technische vormen. Verkade heeft er in 1981 op gewezen, dat met name in het licht van artikel 2 lid 1 BTMW, de oude nabootsingsjurisprudentie enige relevantie behoudt²⁹. Waarin kan deze relevantie schuilen?

In Hyster Krane I³⁰ besliste de Hoge Raad dat "nabootsing van het produkt van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een anderen weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht". In het arrest betreffende de Tomado-kleerhangers³¹ volgde met name nog de aanvulling "dat, waar de bruikbaarheid van een produkt voor een belangrijk deel bepaald wordt door de wensen en behoeften van degenen voor wie het bestemd is, nabootsing van het produkt van een ander, voorzover zij nodig is om tegemoet te komen aan bij een deel van de afnemers bestaande wensen ten aanzien van uiterlijk of eigenschappen van het produkt - daaronder begrepen de wensen die verband houden met de behoefte aan standaardisatie als in 's Hofs arrest bedoeld - op zich zelf genomen niet onrechtmatig is jegens de fabrikant van het nagebootste produkt mits de nabootsing niet in strijd komt met enig wetsvoorschrift, zulks ook al zou die nabootsing verwarring omtrent de herkomst van het produkt kunnen wekken".

Wij laten het bij deze twee jurisprudentiële hoofdlijnen, die de voor ons van belang zijnde karakteristieken van de nabootsingsjurisprudentie voldoende aangeven.

Onze eerste constatering is dat de uitsluiting van de techniek breed, of zelfs zo breed mogelijk geformuleerd is. Verkade heeft dat trefzeker en beknopt onder woorden gebracht door aan te nemen dat de *rationele wensen* die het publiek ten aanzien van een produkt mag koesteren, niet het onderwerp van een monopolie uit mogen maken³². Irrationale wensen daarentegen vormen geen gemeenvrij domein: de mode betreft geen zaak die de deugdelijkheid en de bruikbaarheid aangaat³³. Als men aldus de modetrend scheidt van de rationele (standaardisatie)wensen, dan moeten die laatste wensen verlangens betreffen met betrekking tot het nuttig functioneren van het voortbrengsel. In aan -

²⁹ Noot bij Hof Arnhem 24 november 1980, zie BIE 1981, p. 337 r.k.

³⁰ HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 met noot Ph. A.N.H.; AA III, p. 10 nt. HB.

³¹ HR 12 juni 1970, NJ 434, BIE 1970,306.

³² Ongeoorloofde mededinging, p. 77, zie ook noot bij het Kwiksteigerarrest, BIE 1981, p. 335 en 336.

³³ Verkade, t.a.p.; Van Nieuwenhoven Helbach, BIE 1986, zie p. 205; vgl. ook Maris, in Hijmans van den Bergh bundel "Met cerbiedigende werking", Deventer 1971, p. 187 e.v.; anders: Hijmans van den Bergh in zijn noot bij het Tomado arrest, NJ 1970, p. 1253 r.k., en Cohen Jehoram, AA 1970, 385.

leg stemt de slaafse nabootsingsdoctrine dan overeen met de apparaatgerichte leer: waar een vorm alleen door standaardisatiewensen wordt ingegeven, bestaat nog lang geen noodzaak om, objectief gezien, hetzelfde resultaat te bereiken. Niettemin wordt ook die standaardisatiewens al onder de deugdelijkheid en de bruikbaarheid gebracht: de nabootsingsleer beziet dus *apparaatgericht* of er sprake is van een vorm die nodig is voor de deugdelijkheid en de bruikbaarheid.

Wij hebben verdedigd dat beide leren in aanleg verwant zijn. Geldt dat ook voor de uitwerking?

Op deze vraag kan natuurlijk niet meer dan een speculatief antwoord gegeven worden omdat noch voor de slaafse nabootsingsleer noch voor de Modellenwet vast staat hoever de technische uitsluiting gaat. Verkade³⁴ meent dat de uitsluiting van technische zaken in artikel 2 lid 1 van de Modellenwet strikter geformuleerd en vermoedelijk ook bedoeld is dan de 1401-Hyster Krane formule volgens welke reeds 'bruikbaarheid en deugdelijkheid' een rechtvaardiging voor de verwarrend gelijkende nabootsing opleveren. Indien men met Verkade een (gematigde) resultaatgerichte leer aanhangt, komt deze voorspelling uit. De nabootsingsdoctrine is immers apparaatgericht: de uitsluiting der techniek is er niet beperkt tot enkele gevallen, maar juist erg algemeen geformuleerd.

Wanneer men daarentegen met ons ook voor artikel 2 lid 1 een *apparaatgerichte* interpretatie aanneemt, liggen de beide doctrines op één lijn. Dan is zelfs de uitsluiting in de nabootsingsjurisprudentie nog iets beperkter, omdat immers de eis van verwaringsgevaar wordt gesteld.

Het is naar onze mening aan twijfel onderhevig of de wetgever inderdaad in artikel 2 een striktere formulering heeft willen geven: van zulk een bedoeling blijkt in ieder geval niet ondubbelzinnig.

Voorkeur voor apparaatgerichte leer

Het verschil tussen de resultaat- en de apparaatgerichte leer is voor de meeste gevallen niet van belang en dus betrekkelijk gering: zo zelfs, dat uit de bewoordingen van de rechtspraak vaak geen keuze voor deze of gene valt te distilleren. Zoals gezegd speelt het onderscheid slechts ten aanzien van puur functionele vormen. Bestaat er voor een dergelijke vorm een technisch alternatief, dan ziet de resultaatgerichte leer af van het aannemen van een noodzaak voor een technisch effect. De apparaatgerichte leer laat het bestaan van een alternatief technisch principe buiten beschouwing. Zij zal dus wel het bestaan van noodzaak aannemen.

De keuze voor de resultaatgerichte leer brengt dus een grotere bescherming mee. Eerst zullen wij zien of die extra bescherming gewenst is. Vervolgens zullen wij proberen te doorgronden wat de bedoeling van de wetgever is geweest.

³⁴ Noot bij Kwiksteigerarrest t.a.p.

1. De supplementaire bescherming van de resultaatgerichte leer is willekeurig

De supplementaire bescherming heeft als object de puur functionele vorm: zij beschermt techniek. Niettemin betreft de modellenbescherming specifiek een bescherming van het uiterlijk. De gedachte, het technische principe, dat achter bepaalde zaken kan schuilen, doet daarbij niet ter zake³⁵. Daarin onderscheidt de bescherming van de BTMW zich van de bescherming die men beoogt in te voeren voor kleine uitvindingen oftewel gebruiksmodellen³⁶. Wetgeving tot bescherming van gebruiksmodellen wordt voorbereid (Wetsontwerp 19534)³⁷.

Het feit nu dat men een bescherming die specifiek gericht is op de uiterlijke vorm - geving, mede uitstrekt over technische resultaten, kan tot nogal willekeurig aandoende resultaten voeren.

Zo kan men zeggen dat het willekeurig is, dat een techniek die erg zichtbaar is gemakkelijk een eenvoudige en goedkope juridische bescherming krijgt, maar een techniek met een bescheiden uiterlijk niet. Gaan wij weer uit van het voorbeeld van de *dérailleur* en de *Sturmey Archer* versnellingsnaaf, dan zou de *dérailleur* die een in het oog springend uiterlijk vormelement oplevert, beschermd zijn, maar de *Sturmey-Archer* techniek niet. Zou daarentegen de *dérailleur* zo ontwikkeld zijn, dat zij aan het oog was onttrokken, dan zou nabouw weer wel geoorloofd zijn, ook dus van de *dérailleur*³⁸. (Wij gaan er in dit voorbeeld uiteraard van uit dat beide technieken nieuw zouden zijn en dat er geen octrooi voor zou zijn aangevraagd).

Denken wij ook aan een ander voorbeeld. Sedert enige jaren wordt een nieuwe "lijn" geïntroduceerd in het uiterlijk van televisieontvangers, die samenhangt met de opkomst van de stereotelevisie. Vroeger bestond de voorkant van de kast uit een scherm en een smal rechter paneel dat de bedieningsknoppen en de luidsprekers bevatte. De stereo - televisie is daarentegen symmetrisch "ingelijst" tussen twee, vaak afneembare, luidsprekerboxen.

Die twee symmetrische panelen hadden vroeger zeker een beschermbaar uiterlijk opgeleverd voor niet-stereotelevisies. Het linker paneel had dan puur het symmetrische uiterlijk gediend maar er zou geen "geluid" in hebben gezeten.

Nu zo'n linker paneel echter een duidelijk technische (stereo-)functie dient, moet het naar mijn idee voor iedere fabrikant openstaan televisies volgens dat principe te maken. In de concrete vormgeving kan men immers nog meer dan voldoende variatie aanbren - gen.

Volgt men de resultaatgerichte leer, dan zal die oordelen dat men een even goede of zelfs betere geluidsweggevoer verkrijgt door de luidsprekers los in de kamer op te stellen, net als bij de stereo- installatie. Er is dan geen noodzaak voor een technisch effect, en de symmetrische vorm van de stereotelevisie kan beschermd worden. Eén fabrikant zou zich de symmetrische stereotelevisie kunnen eigenmaken. Heeft een technische

³⁵ Zeer helder hierover Van Nieuwenhoven Helbach, BIE 1986, zie p. 32 l.k.

³⁶ Kleine uitvindingen zijn technische innovaties die wegens gebrek aan uitvindingswaarde buiten de werking van de Octrooiwet vallen. Ze worden wel aangeduid als 'gebruiksmodellen'.

³⁷ Zie Verkade, *Ongeoorloofde Mededinging*, 2e druk, p. 14; Van Nieuwenhoven Helbach, *Industriële Eigendom*, no. 365, BIE 1986, 206-208, zie ook BIE 1981, 84 - 1982, 58 en 1983 234 en 235; IER 1985, 7 en 8.

³⁸ Wij gaan er in dit voorbeeld uiteraard van uit dat beide technieken nieuw zouden zijn en dat er geen octrooi voor zou zijn aangevraagd.

vondst dus onvermijdelijke uiterlijke consequenties, dan kan ze bescherming op grond van de Modellenwet genieten. Anders niet. Dit onderscheid tussen "uiterlijke" en "in - nerlijke" vondsten wordt, zo meen ik, door niets gerechtvaardigd.

Willekeurig is bovendien, dat de eerste die een bepaald resultaat door een technische vorm en wel door een puur functionele vorm weet te bereiken bescherming ontberen moet (er zijn geen alternatieven), terwijl latere vindingrijke individuen die nog andere puur functionele vormen voor hetzelfde resultaat bedenken, wèl beschermd kunnen worden, als het ware over de rug van een ander. Die heeft dan inmiddels voor het no - dige beschikbare alternatief gezorgd. Het geval is misschien tamelijk academisch, maar niettemin zeer inconsequent.

Tenslotte kan ik mij maar niet verzoenen met het idee, dat hij die inderdaad een unie - ke vorm voor een technisch effect uitdenkt, niet beschermd wordt, en hij die iets be - denkt waar al andere mogelijkheden bestaan, wèl. In zekere zin is het dus zo dat naar - mate men een apart(er) (vorm)vinding doet, de kans op bescherming geringer wordt. Men beschermt de techniek, maar de technische vernieuwing moet qua 'impact' zo mar - ginaal zijn dat het toch eigenlijk meer een vormverandering dan een technische revolutie betreft.

2. De supplementaire bescherming van de resultaatgerichte leer brengt rechtson - zekerheid mee

Rechtsonzekerheid in modellenzaken kan in de eerste plaats daardoor ontstaan, dat bij een bescherming van de uiterlijke vormgeving alleen dan sprake van inbreuk is, wanneer twee modellen naar totaalbeeld slechts ondergeschikte verschillen vertonen. Wanneer de technische vondst dus in het totaalbeeld van het model een ondergeschikte rol speelt, is er geen bescherming mogelijk. Maar wanneer is er sprake van onder - geschikte verschillen? Wanneer men in het voorbeeld van de stereotelevisie-ontvangers het symmetrische uiterlijk centraal stelt, levert iedere nieuwe ontvanger niet meer dan ondergeschikte verschillen met het eerste model op. Maar indien men ook het concrete uiterlijk van de boxen meeweegt, is het niet ondenkbaar dat men, door dat uiterlijk te wijzigen, aan méér dan ondergeschikte verschillen komt. Een objectieve maatstaf is hier nauwelijks voor aan te leggen.

Maar de zaak wordt nog gecompliceerder door het feit dat, zoals Van Nieuwenhoven Helbach aanvoert³⁹, in het kader van het totaalbeeld de bescherming specifiek op be - paalde elementen van het nieuwe uiterlijk betrokken kan raken en zo een zekere mate van deelbescherming bereikt kan worden. Op een van onze voorbeeldcasus betrokken: de (dikke) versnellingsnaaf van Sturmey Archer is slechts een ondergeschikt vormkenmerk van een *fiets*, maar levert een méér dan ondergeschikt verschil in vorm op als men het op een *fietsachterwiel* betreft. Hoe weet de fabrikant nu of de BTMW zijn vondst beschermt?

³⁹ BIE 1986, zie p. 32 l.k.

Rechtsonzekerheid kan zich ook manifesteren ten aanzien van de vraag of er - in Verkades criterium - sprake is van een reëel beschikbaar alternatief. Voor de gewone fietser en de gewone fietsenfabrikant die de *dérailleur* moet missen is de Sturmey Archer een reëel beschikbaar alternatief, als hij maar voor de winnaar van de Tour de France en voor de ateliers die racefietsen maken ligt dat anders. Hetzelfde geldt voor het "Superflyback" wedstrijdbadpak van Adidas⁴⁰.

Een ander voorbeeld: een wat minder goede sneeuwband kan voor de rechter in Utrecht een reëel beschikbaar alternatief opleveren voor een supersneeuwband, maar voor een rechter in de Belgische Ardennen kan dat heel anders liggen! Op die manier kan het reële alternatief de Benelux opdelen in een geografische lappendeken, waar op de ene plaats technische noodzaak wordt aangenomen, op een andere plaats niet.

Dergelijke zwarigheden zouden zich ook kunnen voordoen ten aanzien van de vraag wat een economisch redelijk alternatief is: veranderende omstandigheden kunnen een alternatief dat hier redelijk is, daar teveel gevraagd doen zijn. Ik noem maar een geval dat een iets andere, maar veel duurdere oplossing geen enkel extra voordeel oplevert bij warm weer maar het bescherming inroepende goedkope alternatief verre overtreft als het koud is. In de winter is het ondanks de hogere prijs een economisch aanvaardbaar alternatief, in de zomer is het alleen maar duurder en wordt de bescherming inroepende vorm daarmee een noodzaak voor het technisch effect! De rechter zal zich in dit soort gevallen naar mijn mening gedwongen zien om zich te diep in puur feitelijke kwesties te begeven.

Bovendien kunnen uitgesproken veroordelingen door technische en/of economische ontwikkelingen te vaak op de tocht komen te staan. Een rechterlijk verbod wordt nu een keer altijd gegeven in de veronderstelling dat de voor het geven van een verbod essentiële voorwaarden blijven bestaan; als die factoren veranderen, is de uitspraak niet meer bindend⁴¹.

3. De supplementaire extra bescherming van de resultaatgerichte leer is niet de bedoeling van de wetgever geweest

Hoewel de wetgever zich niet expliciet over de zaak heeft uitgelaten, meen ik dat er sterke aanwijzingen zijn dat hij van een apparaatgerichte visie is uitgegaan.

Allereerst is daar de herhaaldelijk in de Memorie van Toelichting gegeven motive - ring, dat het technisch effect van modellen bescherming is uitgesloten omdat de bescherming van technische eigenschappen is voorbehouden aan het octrooirecht. Welnu, het octrooirecht ontfermt zich over ieder technisch effect met uitvindingshoogte; niet alleen maar over die effecten die een noodzaak opleveren omdat ze de enige zijn die tot een bepaald technisch resultaat kunnen voeren. Stelt men dus dat de reflexwerking der Octrooiwet het technisch effect onder de beschermingssfeer der BTMW vandaan haalt, dan strekt die reflexwerking zich uit tot *ieder* technisch effect en niet alleen tot diegene die een resultaatnoodzaak opleveren. Men merke tevens op dat de Memorie het over

⁴⁰ Vgl. President Rechtbank Breda 9 september 1985 KG 306 Adidas-Triumph, wedstrijdbadpak.

⁴¹ Vgl. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802, rov. 3.4.2.

technische eigenschappen (in het algemeen) heeft. Dit is een typisch apparaatgerichte formulering⁴².

Ten tweede noem ik het voorbeeld dat ter illustratie moet dienen bij de artikelsge - wijze Memorie van Toelichting. Indien de nieuwe vorm van een schoenhak uitsluitend het gevolg is van technische eisen, zo staat daar, met andere woorden, indien de bijzondere vorm uitsluitend tot doel heeft de hak te versterken, valt deze vorm niet onder de bescherming van de wet.

Dit voorbeeld, zo meen ik, kan alleen maar gekozen zijn door een aanhanger van de apparaatgerichte leer. In de resultaatgerichte leer lijkt het mij onvoorstelbaar, dat een schoenhakvorm noodzakelijk zou zijn om een technisch effect van versterking te bereiken, zonder dat er enig denkbaar alternatief is. Wel kan ik mij voorstellen, in de apparaatgerichte gedachtengang, dat een *bepaalde* technische oplossing een *bepaalde* vormgeving van een schoenhak noodzakelijk maakt.

Tenslotte is daar het nuchtere feit dat de wetgever zich opmaakt om in een speciale wet voor kleine uitvindingen de inventieve vorm te gaan beschermen. De reden daar - voor is niet, naar mij lijkt, dat de bescherming door de BTMW onbevredigend is, maar dat zij non-existent is.

Om al deze redenen lijkt het mij beter technische vormen niet, ook niet gedeeltelijk, onder de werking der BTMW te brengen. Wel is wenselijk dat zulke vormen gevrij - waard blijven van zogenaamde counterfeiting, volstrekt klakkeloze namaak. Misschien kan daartoe een weg geopend worden via art. 1401 BW. Verkade meent dat counter - feiting als onrechtmatig kan worden beschouwd geheel los gezien van de eigenlijke nabootsingsproblematiek⁴³.

Op deze manier kunnen onze afwijzende conclusies ten aanzien van de modelrech - telijke bescherming van techniek - ik leen de woorden van Verkade - voor een groot stuk van hun scherpe kant worden ontdaan.

Conclusie

Men moet van een mug geen olifant willen maken: de keuze tussen de resultaat- of de apparaatgerichte leer is, zo bewijst de jurisprudentie, in de praktijk doorgaans geen halszaak; het verschil is tamelijk subtiel.

Dat wil nu ook niet zeggen dat de aangedragen problematiek van ieder belang is ont - bloot. Stel dat men te doen krijgt met puur functionele schrijflintcassettes of video - cassettes die speciaal voor apparaten van een bepaalde fabrikant zijn ontworpen. In de

⁴² Zie Memorie van Toelichting op de Eenvormige wet, Algemeen sub 2 laatste alinea: Het zal zonder meer duidelijk zijn dat van bescherming uitgesloten is de vorm welke voor het bereiken van een technisch doel noodzakelijk is, vermits anders een monopolie geschapen zou worden voor een technische eigenschap van de betreffende voorwerpen; deze vorm van bescherming is voorbehouden aan de octrooiwet.

Zie ook Memorie van Toelichting Artikelsgewijze opmerkingen ad artikel 2 1ste alinea: Wanneer bepaalde factoren die het uiterlijk van een voortbrengsel mede bepalen onmisbaar zijn voor het verkrijgen van een technisch effect, behoort de bescherming van deze factoren tot het domein van de octrooiwet. Bedoelde factoren zijn derhalve niet beschermd krachtens deze wet.

⁴³ Verkade, Uiterlijk, p. 42, zie ook Steinhäuser, BIE 1985, 247; Verkade/Spoor, p. 76.

apparaatgerichte leer kan de fabrikant die cassettes nooit door een modeldepot tot onderwerp van een monopolie maken; daar is immers *ieder* technisch effect van bescherming uitgesloten. In de resultaatgerichte leer zal het hem wel lukken, als hij de rechter maar kan overtuigen dat de noodzaak tot het technisch effect hier niet speelt omdat er genoeg type-alternatieven zijn. Ik meen na de aangedragen motivering overtuigd te mogen kiezen voor de apparaatgerichte richting. Zij ligt in de lijn van de wil van de wetgever; zij zal geen overwegende bezwaren van de kant van de rechtspraak ontmoeten; zij vindt op het front van de doctrine een belangrijk verdediger terwijl anderen er in hun gevolgtrekkingen niet zeer ver van afwijken.

Zij overwint een aantal bezwaren die aan de resultaatgerichte opvatting kleven.

Zij verzekert, tenslotte, dat wij ons in het veld van de intellectuele eigendom van één helder, uniform criterium kunnen bedienen voor de uitsluiting van de techniek in Auteursrecht en Modellenwet.

De opzet van onze modellenrechtelijke onderzoeking was om uit te vinden of de ontwerper van een niet-octrooieerbare technische vorm elders soelaas kan vinden, indien zijn ontwerp niet door de Auteurswet beschermd kan worden. In onze interpretatie van artikel 2 lid 1 van de BTMW is dat niet het geval. Omdat wij bovendien menen dat de praktische kans dat een ontwerper een beroep zal kunnen doen op artikel 1401 vrijwel nihil is (vgl. p.39 e.v.), komt de technicus er in dit verband bekaaid af⁴⁴. De conclusie lijkt ons echter onontkoombaar. Overigens, de vraag rijst of de technicus nu werkelijk zoveel geholpen zou zijn geweest met een supplementaire modellenbescherming: aan die supplementaire bescherming kleven immers naar onze mening nog de nadelen die wij hierboven hebben opgenoemd: zij is willekeurig verdeeld en zij brengt rechtsonzekerheid mee.

Het technisch aspect blijft bij 'gevolgsvormen', bij modellen van nijverheid, dus geheel onbeschermd.

Wij zullen nu nog een korte vergelijking trekken met de uitsluiting van 'technische' vormen in de Benelux Merkenwet. Daarna verlaten wij onze verkenning van de niet-auteursrechtelijke beschermingsmogelijkheden voor technische prestaties. Onder B zullen wij ons weer aan het auteursrecht wijden, en wel in verband met de technische verdienste van architectonische scheppingen.

Technisch aspect in de Benelux-Merkenwet

De problematiek van het technisch aspect speelt niet alleen in het modellenrecht maar ook in het merkenrecht. Daarom wil ik nog een korte verkenning in het domein van de merkenrechtelijke bescherming van vormen uitvoeren.

⁴⁴ Vgl. ook HR 27 juni 1986, BIE 1986, 280, Decca Navigator System, besproken door Th. G.C.A. van Engelen in BIE 1986, 263 e.v. De Hoge Raad stelt daar dat terughoudendheid betracht moet worden met het verlenen van prestatiebescherming, en dat daarvoor in beginsel tenminste vereist is dat geprofiteerd wordt van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een intellectueel eigendomsrecht rechtvaardigen. Het is echter de vraag of daar i.c. sprake van is, zeker zolang Nederland nog geen gebruiksmodellenbescherming kent.

Vormen kunnen, sinds de invoering van de Benelux Merkenwet, als merk beschermd zijn, mits ze onderscheidend vermogen hebben⁴⁵. De Merkenwet voegt hier nog een extra vereiste aan toe. Artikel 1 lid 2 luidt:

"Evenwel kunnen niet als merken worden beschouwd vormen, die door de aard van de waar worden bepaald, die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden of die een uitkomst op het gebied van de nijverheid opleveren".

Vormen, die door de aard van de waar worden bepaald, zijn puur functionele vormen. Wichers Hoeth⁴⁶ omschrijft ze als technisch functionele vormen die voor de waar onontbeerlijk zijn. Verkade⁴⁷ heeft het over *elementaire* vormen, en neemt het voorbeeld van een wiel, dat rond moet zijn. De term *elementaire* vorm is echter breder dan de term *technisch functionele* vorm: onder *elementaire* vormen vallen ook natuurprodukten zoals eieren, aardbeien e.d. Van Nieuwenhoven Helbach⁴⁸ zegt dat zulk een teken de waar niet *kan* onderscheiden en ook niet als merkteken *mag* dienen omdat het tot monopolisering van de waar zou voeren. Dat wil zeggen dat iedere vormvariatie is uitgesloten: het gaat dus om puur functionele vormen.

Vormen, die een uitkomst op het gebied van de nijverheid opleveren, kunnen zowel open vormen als puur functionele vormen zijn. Van Nieuwenhoven Helbach⁴⁹ legt de nadruk op de open vorm die een uitkomst op het gebied van de nijverheid oplevert: monopolisering van de vorm, die een uitkomst op het gebied van de nijverheid oplevert zal naar zijn mening niet neerkomen op monopolisering van de waar als zodanig. Dat is niet geheel juist, want onder de vormen die een uitkomst opleveren zijn er ook zulke, die door de aard van de waar worden bepaald.

De uitzonderingen die BMW en BTMW maken ten aanzien van de technische sector vinden hun grond in dezelfde overweging, en dat is beperking van de beschermingsomvang van de wet tot haar eigenlijke object. De Merkenwet wil uitsluitend het onderscheidende effect beschermen, en niet het meerdere, het technische effect, ook niet als dat "onderscheidend" zou zijn. De Modellenwet wil alleen de vorm, niet de inhoud van een technisch of functioneel voortbrengsel beschermen. Indien of voor zover de inhoud met de vorm samenvalt moet merkenrechtelijke respectievelijk modellenrechtelijke bescherming aan het voortbrengsel onzegd worden.

Het verschil is echter dat de BTMW zich beperkt tot de uitsluiting van datgene wat *noodzakelijk* is voor het verkrijgen van een technisch effect. Dit kan onzekerheid scheppen ten aanzien van de vraag of de uitsluiting apparaat- of resultaatgericht is. Door een betere formulering heeft de BMW deze dubbelzinnigheid vermeden. Door het achterwege laten van het woord 'noodzakelijk' (voor het verkrijgen van een technisch effect,) kon in de BMW geen onduidelijkheid ontstaan over de vraag of de wet nu ook vormen uitsloot ten aanzien waarvan een technisch alternatief bekend was dat hetzelfde resultaat kon bereiken. Beslissend is of de vorm zelf gericht is op een technisch resultaat: de uitsluiting in de BMW is apparaatgericht.

Bij de Modellenwet was het gebruik van het woord 'noodzakelijk' echter onvermijdelijk omdat alleen zo een scheiding kan worden verkregen tussen die elementen die

⁴⁵ Vgl. bijvoorbeeld Van Nieuwenhoven Helbach, no. 629, p. 288.

⁴⁶ Op. cit. p. 76.

⁴⁷ Uiterlijk, p. 168.

⁴⁸ P. 289, no. 631.

⁴⁹ Op. cit. no. 630 en 633, p. 289 resp. 290.

niet (de technische) en diegene die wèl onder het specifieke object van de modelbescherming vallen (namelijk de vormaspecten). In de Merkenwet had men de term 'noodzaak' niet nodig. Ook open vormen met aspecten die niet functioneel gedetermineerd zijn leveren immers desalniettemin een weergave op van het produkt en moeten diengevolge als geheel beschrijvende vormen gekenmerkt worden. Geheel beschrijvende tekens zijn echter van merkenrechtelijke bescherming uitgesloten wegens gebrek aan onderscheidend vermogen.

Doctrine en jurisprudentie

Onze speciale aandacht voor bouwwerken berust op twee gronden, nog afgezien van het feit dat in het algemeen de auteursrechtelijke literatuur voor gebouwen een aparte plaats inruimt. Voor ons is van belang, op de eerste plaats, dat wij juist in de op bouwwerken betrekking hebbende jurisprudentie de rechter een paar keer 'en flagrant délit' kunnen betrappen als hij een geheel op een technisch effect toegespitste vormgeving auteursrechtelijke bescherming gunt. Voorts is het onderhavige gebied interessant, omdat wij kunnen zien hoe doctrine en jurisprudentie het oorspronkelijkheidsvereiste in de bouwsfeer vaak tot de uiterste minimumdrempel laten dalen.

Met deze architectonische verkenning besluiten wij onze beschouwing over de praktische consequenties van de subjectieve leer voor de juridische bescherming van het technisch aspect van gevolgvormen.

Zoals in het algemeen voor werken in auteursrechtelijke zin geldt, moeten ook bouwwerken, willen ze aanspraak maken op bescherming door de Auteurswet, een origineel karakter hebben. Bouwwerken zijn in wezen (sier-)modellen, dat wil zeggen voorwerpen met een gebruiksfunctie; het oorspronkelijke aspect van zulke voorwerpen kan auteursrechtelijk beschermd worden. Technische vormen zijn van die bescherming uitgesloten. De Auteurswet onthoudt bescherming aan creaties, welke bestaan in de oplossing van een technisch probleem, constateert o.a. ook Limperg⁵⁰. Hij vervolgt: "Dit treft met name die kunstenaars, die er in slagen een voorwerp juist een karakter van oorspronkelijkheid en schoonheid te verlenen door het zoveel mogelijk aan de doelmatigheid te laten beantwoorden. Ik denk hierbij aan de kunstenaars van de "nieuwe zakelijkheid."

Wij hebben reeds op p. 25 geconstateerd dat zo'n vrees aanvechtbaar is. De "functionele" kunst ziet op wat functioneel is in artistieke zin, niet in technische zin. Dat betekent dat de ontwerper een vormgeving schept die weliswaar zeer sober is, maar het blijft de architect die de vorm bepaalt en het is niet uitsluitend de logische of technische component die beslissend is. Wel meen ik dat aan functionele kunst grote vaardigheid en talent ten grondslag moeten liggen, wil het resultaat zich zichtbaar onderscheiden van banale vormgeving. Het is echter een bewezen feit dat moderne ontwerpers als die van "De Stijl" en "Bauhaus" - mij dunkt juist kunstenaars waarop Limperg doelt - daarin geslaagd zijn.

Wichers Hoeth⁵¹ heeft onder aanhaling van HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712, in herinnering gebracht dat de algemene gelijkenis, die voorwerpen welke tot eenzelfde gebruik bestemd zijn, uit de aard der zaak vertonen, nooit plagiaat kan opleveren. Deze regel speelt bij bouwwerken een belangrijke rol. Daarnaast heeft de architect volgens de schrijver in toenemende mate te maken gekregen met overheidsvoorschriften, die tot in details bepalen aan welke eisen de te bouwen woningen/scholen, kantoren enz. moeten

⁵⁰ Bescherming van het werk van de architect, naar Nederlands recht, Bouw 1951, 439, vgl. ook Verkade/Spoor no 56, p. 71.

⁵¹ Het Auteursrecht van de Architect, Bouwrecht 1967, 602 e.v.

voldoen. Als gevolg hiervan wordt de speelruimte voor een oorspronkelijk cachet, en daarmee de omvang van de auteursrechtelijke bescherming, beperkt.

Overheidsvoorschriften zijn in deze, lijkt me, gelijk te stellen met een technische component, en even fnuikend voor de vrije fantasie van de architect als de wetten der natuur en logica.

In een door Knipscheer⁵² geciteerde uitspraak van de Architectenraad⁵³ wordt een beroep op inbreuk op het auteursrecht op een windtunnel afgewezen. Men motiveert o.a.: "Overeenstemming tussen de tekening van X en de wijze waarop Quist aan de windtunnel heeft vormgegeven bestaat slechts voor zover de vorm van de windtunnel functioneel is bepaald". In zoverre een vorm functioneel bepaald is, wordt dus geen auteursrecht erkend.

Duidelijk is ook het Hof Arnhem⁵⁴ in zijn arrest over het 'Chalet Suisse'. Appel - lanten stelden als eersten een bepaalde trapconstructie toe te hebben gepast in de woningbouw; zij beriepen zich daarnaast op de technische verdiensten van een zogenaamde carport. In beide gevallen was er niet gesteld dat er sprake was van een eigen *vormgeving* welke de uiting zou zijn van een op het betreffende punt bij ontwerpers levend idee; auteursrechtelijke bescherming kwam daarom volgens het Hof niet in aanmerking. Het is dus de vormgeving die telt, en niet de technische oplossing.

Moelijkheden ontstaan echter als de architect door technische *combinaties* een bouwwerk met een apart uiterlijk en een geheel eigen karakter realiseert. Men moet dan niet uit het oog verliezen dat de elementen met een functioneel oogmerk zijn ontwikkeld en met een functioneel oogmerk zijn samengevoegd. Het originele uiterlijk van, misschien zelfs de gerechtvaardigde bewondering voor het resultaat doen dan al snel oorspronkelijkheid aannemen, ook als de functionele factor misschien het zwaarste gewicht heeft. Frappant is de formulering in een arrest van Hof 's Hertogenbosch⁵⁵ dat met de President van de Rechtbank het originele karakter van de vorm van varkens - meststallen aannam: "... dat zowel uit het oogpunt van *vormgeving, bedrijfsorganisatie als bouw fysica* (cursief, A.Q.) de door Neata Products ontworpen en geprefabriceerde vloervoederingsmeststallen een zekere mate van originaliteit bezitten, welke in hoofdzaak bestaat uit de wijze van samenvoeging van de in de praktijk goed gebleken oplos - singen voor de verschillende onderdelen van de varkensstallen, waardoor een wel zeer karakteristieke vorm is ontstaan".

Wat uit het oogpunt van bedrijfsorganisatie en bouw fysica origineel is, is in de leer van het subjectieve werk nooit auteursrechtelijk origineel. Het is met functioneel oogmerk uitgedokterd; het is inventief. Anders is dat met de vormgeving. Die kan auteursrechtelijk origineel zijn; en in casu was zij dat ook, als wij President en Hof mogen geloven. Toch bekruipt mij een zeker wantrouwen. Als een vorm uitsluitend wordt verkregen door een, naar ik aanneem, efficiënter samenvoegen van 'in de praktijk goed gebleken oplossingen', is de verkregen vorm dan wel de uiting van wat de maker tot

⁵² Plagiaat in 25 jaar architectenraad tuchtrechtspraak, AMR 1982, 128.

⁵³ Architectenraad, Kamer I, 7 oktober 1981. De Architectenraad is ingesteld door de Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst BNA. Zij functioneert onder meer als tuchtrechtelijk college, waarbij zij normen hanteert, die tot 1 november 1979 waren neergelegd in de Erecode voor de uitoefening van het architectenberoep. Sinds genoemde datum gelden de 'Gedragsregels'.

⁵⁴ 26 juni 1979, BIE 1980, 95.

⁵⁵ 15 juni 1965, BIE 1965, 214; NJ 1968, 396.

zijn arbeid heeft bewogen? Is zij niet veeleer het aardige 'meegenomen' *gevolg* van een kien technisch idee? Ik ben bang dat het niet meer dan dat is. Het functionele idee stond voorop, niet de vormidee: als die zo karakteristieke vorm slechter gefunctioneerd had, had de maker het idee wel laten varen. Niettemin schijnt Wichers Hoeth⁵⁶ beide beslissingen in Bouwrecht 1971 met enige instemming te begroeten, als wij zulks tenminste mogen afleiden uit het feit dat de uitspraak van kritiek gespaard blijft. In de jurisprudentie vindt men nog andere voorbeelden van gevallen, waarin het technische en het "auteursrechtelijke" talent van de architect doorheengehutseld worden. In het artikel van Knipscheer⁵⁷ vindt men in een uitspraak van de Architectenraad⁵⁸ de volgende motive-ring, die de auteursrechtelijke bescherming van het ontwerp in kwestie onderbouwt: "dat het ontwerp voor de boerderij (door de architectengroep) kennelijk het resultaat is van een studie van een groep architecten, waaruit een nieuw type van een boerderij is tot stand gebracht, welk type tot dusver hier te lande nog niet voorkwam; dat het hoofdkenmerk van dit nieuwe type is gelegen in de ruimtedistributie van het plan, de organische opbouw van de boerderij, het karakteristieke verschil van een deel van hoogbouw en een deel van laagbouw, van middengedeelte en zijvleugels, van de plaats van de tas ten opzichte van de voederruimte, van een hoog middengebouw met lagere dwarsgebouwen (...)".

Al deze kenmerken lijken mij òf geheel technische kenmerken, òf voortvloeiend uit functionele wensen. Zo moet ik haast aannemen dat het middengebouw hoger is dan de dwarsgebouwen, niet omdat dat de architect als esthetische vormgeving voor ogen zweefde, maar omdat dat praktisch de beste oplossing was. Had het tegendeel gegolden, dan zouden de dwarsgebouwen wel de hoogte in getrokken zijn.

Uit een uitspraak van de Raad van Justitie te Batavia⁵⁹ citeer ik: "dat immers eischeres in dat ontwerp (die tekening) heeft neergelegd eenige oorspronkelijke ideeën betreffende slachttechnische inrichtingen met name een bijzondere wijze van opstelling der z.g. "spreiders" en een speciaal uitgedacht rail- en wisselsysteem in slachthallen, hang- en verdeelruimten van een abattoir waarin de op naar haar inzicht meest efficiënte wijze wordt tegemoet gekomen aan de bijzondere eischen, die aan Indische abattoirs gesteld moeten worden in verband met het feit dat in dezelfde localiteit wordt geslacht vee van Europeesche en van Inlandsche slagers en welke laatsten er prijs op stellen dat hun vee geslacht wordt volgens den Mohammedaanschen ritus en in een bepaalde opstelling (met den kop naar Mekka gekeerd)". Auteursrechtelijk beschermd?

Ja, vond de Raad van Justitie.

In het voorgaande bespraken wij gebouwen, die zich kenmerkten door een bijzondere vorm, al was die dan niet als bekroning van een creatief maar als resultaat van een inventief proces tot stand gekomen. Nu zullen wij bouwwerken bezien die eigenlijk nauwelijks op enig oorspronkelijk karakter kunnen bogen. Het kan zijn dat de architect uitsluitend een praktisch bouwsel wilde neerzetten, zonder ook maar in het minst aan de vormgeving als zodanig aandacht te schenken. Dan wordt de vorm in hoofdzaak door de technische eisen bepaald (het 'banale' schuine dak). Of de creativiteit van de maker

⁵⁶ Bouwrecht 1971, 134.

⁵⁷ Op. cit.

⁵⁸ Architectenraad, Kamer IV, 13 april 1960.

⁵⁹ 2 april 1937, Indisch Tijdschrift van het Recht 1937, 146, 345.

werd gekneveld door overheidsvoorschriften. Ook dan krijgt het oorspronkelijke karakter onvermijdelijk een knauw. Tot "hoe laag" volgt de auteurswet? Tot zeer laag. Gerbrandy⁶⁰ wijst erop dat destijds de regering meende dat elk bouwwerk, ook het niet oorspronkelijke, beschermd was. Hoewel Gerbrandy laat weten dat dit pertinent onjuist is, onderstreept hij dat "ondertussen (...) ook aan een min of meer banaal bouwwerk een ontwerp ten grondslag (pleegt) te liggen en dit zal spoedig beschermd zijn". Deze uitspraak levert stof voor heel wat speculaties. Allereerst: wat bedoelt Gerbrandy met een 'min of meer banaal bouwwerk'? Een bouwwerk zonder eigen karakter? Dan is geen auteursrechtelijke bescherming mogelijk, ook al ligt er een ontwerp aan ten grondslag! Het valt moeilijk aan te nemen dat de schrijver zichzelf aldus binnen één alinea zou tegenspreken. Is er soms bedoeld: *nèt iets meer dan banaal*? Dat is al een wat acceptabeler hypothese, maar waarom heeft hij het over een *min of meer* banaal bouwsel als een *nèt iets meer dan banaal* bouwsel als formulering voor de hand ligt? Juist Gerbrandy is wars van slordig taalgebruik.

Duidt de formule 'min of meer banaal' misschien op het feit dat er bij de beschouwer *twijfel* kan rijzen of de architect klakkeloos een paar balken en bakstenen op elkaar heeft doen zetten, of toch enigermate een *ontwerp* aan het gebouw besteed heeft? Een ontwerp niet in de zin van een plan op papier, maar van een - bescheiden, maar bewuste - eigen *vormconceptie*? Deze veronderstelling levert niet alleen, zo vermoed ik, de meest plausibele uitleg van de woorden van Gerbrandy op, maar zij is ook in een ander en onverwacht opzicht verhelderend. Bij de behandeling van de vraag, wat de Modellenwet toch kan bedoelen met haar eis van "duidelijk kunstzinnig karakter" wil cumulatief met de auteurswet mogelijk zijn, lanceerden wij de hypothese dat het daar ging om vormen waarbij nauwelijks viel uit te maken of er een bewuste eigen vormconceptie aan ten grondslag had gelegen. "Min of meer banale" vormen dus. Min of meer banale huzen zijn een prototype van dat soort vormen. Gerbrandy wilde hun (in 1972) kennelijk het voordeel van de twijfel gunnen. De BTMW (1975) doet dat niet, waarschijnlijk met de gedachte in het achterhoofd dat toch immers een modeldepot mogelijk is.

Kloppen deze veronderstellingen - zij lijken niet onaannemelijk - dan zien wij misschien binnenkort dat zich een rush van de sociale bouwwereld op het Benelux Model - lenbureau ontwikkelt. Anderzijds is het denkbaar dat de tuchtrechtspraak van de Architectenraad zich blijft oriënteren op een vertrouwd plagiaatcriterium dat bepaald wordt door de realistische kijk van de bouwwereld en niet "geïnfecteerd" is door de theoretische woelingen rond de "duidelijke kunstzinnigheid" die de BTMW eist.

Het staat vast dat voor auteursrechtelijke bescherming van bouwwerken originaliteit vereist wordt⁶¹; in de praktijk blijkt dat het vereiste niveau werkelijk minimaal is, althans was vóór 1975, het jaar waarin de BTMW in werking trad. Een mooi voorbeeld hiervan vormt het geval van het Krabbendijkse schoolgebouwtje⁶². De architect had bezwaar gemaakt tegen het feit dat de gemeente de school liet uitbreiden door een andere

⁶⁰ Op. cit. p. 65.

⁶¹ Zie ook Van Ling, p. 52; Komen/Verkade (impliciet) nr. 39, en Rechtbank Groningen, 19 november 1926, NJ 1927, 162.

⁶² Rechtbank Middelburg 14 januari 1970, Bouwrecht 1970, 214, NJ 1970, 297, ook besproken door Wichers Hoeth in Bouwrecht 1971, 132.

architect op basis van tekeningen die hij, de eerste architect, had gemaakt. De gemeente, die buiten de architect om een lokaal had bij- en nagebouwd, stelde dat het bouwwerk onvoldoende originaliteit bezat, ook al omdat bij de bouw allerlei uniforme voorschriften gevolgd dienden te worden. De Rechtbank te Middelburg verwierp dat; ook Wichers Hoeth in zijn bespreking⁶³ schijnt tevreden met het standpunt van de rechtspraak, die aan de oorspronkelijkheid geen al te hoge eisen stelt.

In al deze bereidwilligheid om bouwwerken onder de vleugels van het auteursrecht te brengen, schemert misschien iets door als de wens, de prestatie van de architect hoe dan ook te beschermen. Voor zulk een bescherming is immers veel te zeggen. Ook aan het ontwerp van een gebouw met een banaal uiterlijk liggen vakmanschap, rekenwerk en kunde ten grondslag; het zou onbevredigend zijn als eenieder zich maar van het resultaat van de arbeid zou mogen bedienen. En als de wens de architect te beschermen in die situatie al begrijpelijk is, hoeveel vanzelfsprekender wordt ze niet nog als het ontwerp wel in hoge mate apart is, al is het dan op technisch vlak. Misschien ook dat, wat die laatste gevallen aangaat, men nergens technische en esthetische aspecten zo nauw vervlochten ziet als juist bij deze categorie. En misschien is dit juist altijd de roeping van de architect geweest, om technisch vernuft en scheppend talent in een zo volmaakt mogelijke harmonie te brengen. De architectuur heeft als techniek en als kunst reeds een ontwikkeling van eeuwen achter zich, en er zijn weinig menselijke schepingen waar het creatieve en het inventieve aspect zo nauw om elkaar heen cirkelen.

Om deze redenen is het verlangen verdedigbaar om, enerzijds, bij banale bouwsels toch auteursrecht aan te nemen en vakmanschap en inspanning te beschermen waar oorspronkelijkheid ontbreekt; anderzijds wil men misschien niet al te principieel zijn als een uit technische inspiratie voortspruitende vorm ook het gebouw als vorm een karakteristieke trek geeft. Toch vinden beide versoepelingen hun grens. De bescherming van min of meer banale bouwwerken mag nooit betekenen, zo zien wij ook bij Gerbrandy bevestigd, dat wij te doen krijgen met een bescherming voor werken zonder enig oorspronkelijk karakter, zoals de wet die (uitsluitend) voor geschriften waarborgt. Anderzijds mag de bescherming van een mede door technische trekken bepaald bouwwerk nooit een monopolisering van een technisch idee met zich meebrengen. De uitspraken in de zaak van het Chalet Suisse en in de zaak over de windtunnel zijn terecht. Het ging hier niet meer over een vorm maar over een abstract technisch idee, waarvoor bescherming werd gevraagd. Ook in het geval van de varkensmeststal, de boerderij en het abattoir twijfel ik of auteursrechtelijke bescherming niet een technisch monopolie zal meebrengen.

Toepassing van de subjectieve leer op bouwwerken

Bouwwerken zijn open vormen. Zij 'herbergen' een abstracte functionele vorm en een concrete invulling daarvan, die niet tot in detail door de natuurwetten bepaald wordt. Abstract en functioneel is het idee dat men in een woonhuis de badkamer in de nabijheid van de slaapkamer bouwt; de concrete uitwerking verschilt. Abstract en

⁶³ Wichers Hoeth, *Bouwrecht* 1971, 132.

functioneel element van een brug is het feit dat zij een dal overspant; maar de concrete vormgeving is vergaand vrij. Het uiterlijk van de Nederlandse waterwerken, in de constructie waarvan dikwijls een vormelement van grote schoonheid schuilgaat, is niet volstrekt, maar wel partieel door technische eisen bepaald. De rest van de vormgeving is vrij. De Zeelandbrug moet pijlers hebben, maar de concrete vorm van die pijlers kan karakteristiek zijn en kan op karakteristieke wijze harmoniëren met de lichte boog die de pijlers onderling verbindt.

Men probeert het auteursrecht op bouwwerken uit te rekken om de architect van een gewenste bescherming te verzekeren. Ik vraag mij af of daarmee het oorspronkelijk -heidsvereiste niet overspannen wordt. Met name vraag ik mij af, hoe men moet voorkomen dat de bescherming van een originele vorm die voortkomt uit een functioneel idee, in de bescherming van dat functionele idee zal ontaarden.

Of is het auteursrecht van de architect, met zijn technische en zijn "min of meer" banale paneel, een verkregen recht waar men maar niet meer teveel aan moet tornen? Neen, ik zou "min of meer" banale ontwerpen liever via een modeldepot tegen overnemen beschermd zien. En wat betreft technische vondsten en functionele vormen: hoe gerechtvaardigd het verlangen van de architecten naar bescherming ook is, het is niet sterker gefundeerd dan dat van anderen die op andere gebieden dan de bouwkunst vormen met een technisch aspect ontwerpen en die voor dat technisch idee eveneens iedere bescherming ontberen. Houdt men echter toch aan de brede bescherming van bouwwerken vast, dan zullen de zelf-regulerende auteursrechtmechanismen in werking treden die wij op p. 156 e.v. bij het ontleningsvraagstuk bespreken. De bewijslast zal op de schouders komen te liggen van de eiser die beweert dat zijn eerder gedateerde bouwwerk is geplagieerd. Gaat men ervan uit dat ontlening vereist is als element van de rechtsinbreuk, dan zal de rechter wel gemakkelijker aannemen dat daarvan sprake is als blijkt dat gedaagde het anterieure werk gekend heeft. In het tegengestelde geval heeft eisers' actie weinig kans.

En ten aanzien van architectonische vormen, die uit functionele overwegingen voortspuiten? Ook daar zal men zijn toevlucht moeten zoeken tot het ontlenings-criterium, wil men niet technische monopolies gaan vestigen via het auteursrecht. Inderdaad speelden zowel in de uitspraak over de boerderij als in die over het abattoir en de varkensmeststal, gevallen van ontlening. Het is nog maar de vraag of de rechter tot de zelfde uitspraak was gekomen, als de inbreukmakers geheel onafhankelijk aan hun vorm gekomen waren. (In de Chalet Suisse-zaak was niet onleend en werd ook niet beschermd!) Het verschil met de bescherming van geschriften zonder enig oorspronkelijk karakter wordt dan volstrekt theoretisch. Bij de geschriften is de (technische) inhoud beschermd, maar alleen tegen ontlening. Bij architectonische scheppingen is het technisch aspect niet beschermd, maar wel tegen ontlening. Zo geraakt men, letterlijk en figuurlijk, in een juridisch spiegelgevecht. De constructie bevredigt niet.

De theorie van het subjectieve werk heeft nogal wat consequenties voor enkele (auteursrechtelijke) heilige huisjes van de architectuur. De comfortabele beschermings-omvang van het "architectenrecht" wordt vervangen door de strikte grenzen van het auteursrecht. Briljante ideeën (die toch niet voor een octrooiaanvraag in aanmerking komen) zullen in een beschermingsvacuum vallen. Bouwwerken, wier 'min of meer ba-

nale' karakter tenslotte toch de drempel niet haalt, zullen afvallen, óók als in het ontwerp moeite, kunde en kosten geïnvesteerd zijn. Overigens zal in dat laatste geval de oorspronkelijkheid van het *ontwerp* wel vrijwel nooit onderwerp van twijfel hoeven te zijn. Daarin zijn wij het met Gerbrandy eens.

Dit is een conclusie van niet geringe strekking. Wie het systeem van het auteursrecht echter nauwgezet interpreteert, komt er naar onze mening niet onderuit, die conclusie te trekken. Dat levert natuurlijk geen verhindering op voor de Architectenraad, háár plagiaatbegrip los te koppelen van de Auteurswet in die zin dat men ook voor originele bouw*technische* vondsten bescherming verleent. Men krijgt dan een niet-auteursrechtelijke bescherming op basis van zelfregulering, waartoe de georganiseerde architecten en aannemers zich verplichten.

TOEPASSING VAN DE LEER VAN HET SUBJECTIEF WERK OP VOLGVORMEN

Inleiding

Wij hebben de theorie van het subjectieve werk gekozen om tot een zinnige afgrenzing tussen auteursrechtelijke beschermde prestaties en technische voortbrengselen te komen. Maar men kan er niet omheen dat dezelfde leer in wezen een precisering van het object van het auteursrecht in het algemeen inhoudt, en dat de consequenties van die leer zich dus ook zullen laten gelden in andere verhoudingen. Daarbij moet men zich met name voortbrengselen voorstellen, die niet technisch zijn, maar wel objectief bepaald. De subjectieve leer sluit immers categorisch alle objectief bepaalde prestaties van auteursrecht uit.

Binnen de groep van objectieve prestaties onderscheiden wij tussen "gevolg-vormen" en "volgvormen". "Gevolgvormen" zijn technisch: zij beogen een gevolg te bewerkstelligen. "Volgvormen" zijn al die vormen, die objectief bepaald worden door een buiten hun liggend voorbeeld. Zij *volgen* dat voorbeeld. De landkaart "volgt" het landschap; het telefoonboek "volgt" het systeem dat het alfabet voor de registrering van de abonnees biedt; het op schrift gestelde resultaat van natuurwetenschappelijk onderzoek *volgt* de wetten der natuur en schrijft die niet voor. Men kan zeggen dat gevolg-vormen objectief bepaald worden door de eisen van hun functie en volgvormen door de eisen van hun voorbeeld, hun systeem of hun plaatsing. De "volgvormen" onderscheiden zich van de "gevolgvormen" doordat zij passief zijn. Zij verschaffen uitsluitend informatie. Dit onderscheidt hun ook van programmatuur: programmatuur is immers geen passieve informatieverschaffer, maar een (actieve) informatieverwerker. Pas het schema of de tekst die op het beeldscherm of op de uitdraai van de computer verschijnen zijn informatieverschaffers. Men moet die echter niet verwarren met de programma-tuur.

Wij behandelen achtereenvolgens geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, aardrijkskundige kaarten en wetenschappelijke werken. Ten slotte zullen wij ons bezig houden met een wat eigensoortige manier van "volgvorm": de weergave, die als "voorbeeld" een auteursrechtelijk beschermd werk neemt. Men denke aan een graficus die niet een landkaart, maar een copie van een schilderij maakt. Het *subjectieve* schilderij is dan de *objectieve* richtlijn voor de copie. Is die copie dan een subjectieve of een objectieve vorm?

Wij onderscheiden de "volgvormen" van subjectieve werken zoals gedichten, omdat zij een extern voorbeeld zo nauwkeurig mogelijk navolgen.

Men kan hier ongetwijfeld tegen aanvoeren, dat ook in "zuivere" kunstwerken zich elementen bevinden, die niet door de fantasie van de auteur, maar door externe elementen bepaald zijn. Zo zijn in een figuratief schilderij in realistische stijl, de verhoudingen en allerlei andere elementen technisch bepaald. Het hoofd moet aan de romp zitten en niet los door de kamer zweven en de deur mag niet in het plafond zitten. Ook hier dus is een deel van de vormgeving door de logica bepaald wil de auteur tot het door hem beoogde resultaat komen. Soms is het externe element overheersend: men denke aan de portretschilder, de schilder die een foto naschildert, de landschapsschilder die exact na te teken wat hij ziet. Men kan nog wel meer voorbeelden geven. Het externe element nu is nooit beschermd. Alleen het subjectieve element verdient auteursrechtelijke bescherming. Hij die slaafs copieert maakt een onbeschermd volgform, ook al is hij een erkend kunstschilder. Pas waar hij zijn eigen toets aanbrengt, ontstaat auteursrecht.

De grens tussen subjectief werk en volgform is dus niet absoluut, maar vloeiend. Daar waar het extern voorbeeld overheerst, ontstaat een volgform. Het resterende subjectieve element is dan niettemin beschermd.

Eenzelfde redenering laat zich overigens opzetten ten aanzien van de "gevolgvormen", die een technisch effect beogen. Laat ik een voorbeeld geven. Als heden ten dage een kunstenaar die met brons werkt zijn sculpturen van een grote haak zou voorzien om ze aan het plafond op te hangen, dan is die vormgeving oorspronkelijk en beschermd zolang men om zo'n inval zijn hoofd schudt en de dingen gewoon op de grond laat staan. Namaak door kunstenaars die hùn dingen ook eigenlijk voor gronddienst bestemmen, kan dan verboden worden. Maar namaak door een kunstenaar die inderdaad zijn objecten vrij door de ruimte wil laten zweven en de zaak al in zijn atelier of tenminste op de expositie werkelijk ophangt, is toegestaan: we hebben dan te maken met een open technische vorm: het feit van de haak is niet beschermd (mits de concrete vormgeving ervan niet duidelijk geplagieerd is).

A. GESCHRIFTEN ZONDER EIGEN OF PERSOONLIJK KARAKTER

Objectieve aard van geschriften zonder eigen karakter

"Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet:

1e. boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften;" aldus opent artikel 10 de opsomming van door het auteursrecht beschermde werken.

De Hoge Raad heeft in een reeks beslissingen in de vijftiger en zestiger jaren, bekend geworden als de Radioprogramma-arresten¹ vastgehouden aan de strikte wettische-interpretatie van het boven geciteerde artikel, welke inhoudt dat onder *alle* andere geschriften verstaan moeten worden ook geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Daarmee beschermt de Nederlandse Auteurswet ook geschriften die niet aan het vereiste van een minimum aan oorspronkelijkheid voldoen, en dat is internationaal gezien iets bijzonders. Of iedereen over deze aparte stellingname evenzeer te spreken is, is een tweede. De aanvaarding is niet zonder discussie en tegenspraak geschied en ook daarna is de stem niet verstomd van diegenen, die de bescherming van het geschrift zonder eigen karakter een anomalie in ons auteursrecht achten². Daarbij moet worden aangetekend dat de discussie over de onderhavige vraag ook al onder de oude wet van 1881 woedde³. Wij zullen niet de gehele oudere en recentere discussie op deze bladzijden hernemen; daaraan kan een apart proefschrift gewijd worden. Onze taak is, vooreerst, vast te stellen of onpersoonlijke geschriften binnen onze definitie van objectieve vormen passen, en daarna het probleem vanuit deze nieuwe invalshoek te belichten. Natuurlijk zullen we daarbij voor zover nodig terug vallen op het materiaal dat de reeds gevoerde polemieken bieden.

Sommigen voelen er voor, geschriften zonder persoonlijk karakter niet alleen als objectief, maar zelfs als techniek aan te merken. Hirsch Ballin maakt tweemaal een toespeling in die richting. In zijn noot bij Radioprogramma III (AA XV, 345) noemt hij ze "*niet* (...) een intellectueel voortbrengsel, doch een mechanisch voorwerp". Elders stelt hij ten aanzien van artikel 22 van de Omroepwet (dat zich ook met de bescherming van radioprogramma-geschriften zonder persoonlijk karakter bezig houdt), dat "de omschrijving van de als "inbreuk" gefingeerde gedragingen eerder door de Octrooiwet 1910 (artikel 30) dan door de Auteurswet 1912 blijkt te zijn ingegeven"⁴.

¹ HR. 17 april 1953, NJ 1954, 211, noot DJV, AA III(1953-1954), 128, met noot HB, Radioprogramma I; HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355, met noot HB, AA X (1961), 179 met noot Hirsch Ballin, Radioprogramma II, HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 met noot HB; AA XV, 345 met noot Hirsch Ballin, Radioprogramma III, of Televisier.

² Zie vooreerst de conclusies van Langemeijer bij Radioprogramma I en II en daartegenover de noten van Hijmans van den Berg bij de drie genoemde arresten. Zie voorts, zeer kritisch, Hirsch Ballin in zijn noten in *Ars Aequi* (zie boven), voorts dezelfde in WPNR 1953, 4299 en NJB 1966, 710 e.v.; eveneens kritisch De Beaufort, p. 72-78; Pfeffer/Gerbrandy, p. 56, p. 60.

³ Zie P.G. Langemeijer in *Conclusie Radioprogramma I*, waar hij verwijst naar het proefschrift van De Beaufort, *Het Auteursrecht in het Nederlandsche en Internationale recht* (1909) p. 170 e.v.

⁴ Hirsch Ballin NJB 1966, 713.

Wat moet men zich voorstellen bij het technisch karakter van niet-oorspronkelijke geschriften? Techniek, zo postuleerden wij, is methode: wat de technicus tot zijn arbeid beweegt is niet het instrument als plastisch object, maar als *middel* tot een ander doel. Techniek brengt een gevolg teweeg. Nu menen wij dat geschriften zonder eigen karakter niet zozeer een gevolg teweeg brengen, als wel zèlf "gevolg" zijn: zij volgen een buiten hun liggend plan, schema of systeem. Derhalve hebben wij ze bij de volgvormen ondergebracht.

Wel zijn de geschriften zonder eigen karakter objectief van aard. Het is niet de fantasie van de maker, die beslissend is. De controle die wordt uitgevoerd richt zich niet naar de smaak van de auteur maar naar objectieve feiten. Maakt de auteur een telefoonboek, en klopt een nummer niet met de werkelijkheid, dan zal hij het veranderen. Het is niet zijn eigen wil die het werk zijn vorm geeft. Is dat wel zo (iets wat kan voorkomen onder de hobbyisten, die zich amuseren met het scheppen van eigen fantasielanden en daar soms zelfs complete telefoonboeken voor schrijven) dan rust er wel auteursrecht op de schepping.

Toepassing van het criterium van het subjectieve werk

Eerder hebben wij gesteld en verdedigd dat objectieve scheppingen ieder persoonlijk karakter missen. Als dat juist is, is het objectief karakter van de "onpersoonlijke" geschriften dan niet daarmee al voldoende gegeven? Neen, want men mag de stelling niet omkeren: objectief werk ontbeert persoonlijk karakter, maar niet alles wat persoonlijk karakter mist is daarmee per se objectief. Gemis van persoonlijk karakter kan ook samenhangen met het feit dat er sprake is van een *banale* vorm. De vorm van een propellor is geheel technisch bepaald en dus onpersoonlijk. De vorm van een vaas kent onafzienbaar veel variaties, maar de meeste vazen hebben een banale en dus eveneens onpersoonlijke vorm. Deze vergelijking kan men doortrekken naar de geschriften. Het telefoonboek is als de propellor, er staat geen woord in dat niet "nodig" is. De gebruikelijke huwelijksannonce of het kattenbelletje op het bureau missen ook persoonlijk karakter, maar om een heel andere reden: hier is niet ieder woord objectief bepaald, maar de formules zijn óf algemeen óf alledaags.

Er zijn dus twee soorten geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Het kattenbelletje is vergelijkbaar met de open vorm bij de modellen van nijverheid. Het bevat een technisch aspect (de zakelijke inhoud) maar men heeft er, hoe slordig ook, enigerlei vorm aan *moeten* geven. De vorm is banaal. Ondanks dat feit wordt ze - mits bestemd om openbaar gemaakt te worden⁵ - beschermd, dat is immers de uitzonderingsbepaling van art. 10 lid 1 sub 1. Echter: alleen de vorm is het, die beschermd wordt! Hier is immers nog een vorm, die van de zakelijke inhoud te abstraheren valt. De inhoud blijft vrij. De vorm wordt beschermd tegen ontlening.

Daarnaast kennen we echter 'puur functionele' geschriften. Naast de zakelijke inhoud is er, zo stellen wij, *geen enkele vormgeving*, noch origineel, noch banaal. Het enige dat de maker voor ogen stond was informatie-overdracht. De vormelementen die

⁵ Radioprogramma III, HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116, noot HB.

hij moest invullen zijn te verwaarlozen. Zo kan men bij het samenstellen van een telefoonboek de cijfers vóór of achter de naam zetten. Bij de PTT staat het nuttige element (het gemak in het gebruik) voorop, bij de particulier die voor zichzelf een telefoonlijst maakt zal de plaatsing eerder onverschillig zijn.

In deze gevallen krijgt de bescherming van de onpersoonlijke geschriften een bijzonder accent: immers de vorm dekt volledig de inhoud, zoals bij alle puur functionele vormen het geval is. Het gevaar ontstaat dat men de zakelijke inhoud gaat beschermen⁶. De Hoge Raad heeft dat gevaar omzeild door de ontleningseis te stellen. De informatie is vrij, maar men mag haar niet ontlene aan de opschriftstelling door de ander.

Een puur functioneel geschrift wordt geheel door omstandigheden buiten de maker bepaald. Hirsch Ballin stelt dan ook terecht, dat het pseudo-auteursrecht op geschriften zonder persoonlijk karakter niet voortkomt uit creatie, maar uit fixatie⁷. Gefixeerd wordt een "afdruk" uit de werkelijkheid, iets dat niets met de maker van doen heeft. Dat geldt ook voor radio programma's. Cruciaal wordt nu de vraag, of de *inhoud* van zo'n programma oorspronkelijk is. Is dat zo, dan levert het geschrift zonder eigen karakter een *weergave* op van een persoonlijk werk. Ondanks het feit dat het in eigen vormgeving ieder persoonlijk karakter mist, zou het dan oorspronkelijkheid ontlene aan het werk dat erdoor wordt weergegeven. Bijvoorbeeld: iemand die een documentaire maakt over de groei van het fascisme in het vooroorlogse Duitsland, maakt een selectie uit talloze foto's en vertoont die in een volgorde waar een duidelijke "spanningsopbouw" in zit. De foto's zijn genummerd. De tabellen die hun volgorde aangeven zijn geschrift zonder eigen karakter, tevens weergave van een oorspronkelijk werk. Het wekelijks radio programma heeft echter ook daarvoor inhoudelijk te weinig karakter.

Het objectief karakter van geschriften zonder oorspronkelijk karakter is nu voldoen - de aangetoond en ook de toepasselijkheid van ons criterium, met zijn onderscheid tussen open en puur functionele vormen, is gebleken. Nu zien wij ons in zekere zin voor een uitdaging gesteld. Het is immers al te gemakkelijk te schimpen op de wetgever en het hoofd te schudden over auteursrechtelijke heresie, als er in wezen slechts van een papieren dissonant sprake is. Op het moment dat zou blijken dat deze in de auteurswet opgenomen bescherming van objectief werk in volmaakte harmonie kan functioneren met het haar omringende milieu, doen verontwaardigde kreten niet meer ter zake. Misschien is de wetgever dan slimmer en doortastender geweest dan de muggeziende wetenschap en heeft hij terecht deze stap gezet. De conclusie moet dan zijn, dat de categorische uitsluiting der techniek in het auteursrecht niets met het wezen en het rug-gemerg van dat recht te maken heeft. Er zullen criteria gezocht moeten worden voor *selectieve* uitsluiting van techniek of er zal zelfs voor volledige receptie moeten worden gekozen.

Schijnbaar vloeken auteursrecht en bescherming van geschriften zonder eigen karakter niet met elkaar. Die goede verstandhouding is echter inderdaad slechts schijn, die bestaan kan doordat de beide rechten niet alleen naar aard, maar ook naar object verschillen. De geschriften waarop "echt" auteursrecht rust, komen niet voor pseudo-auteursrecht in aanmerking (hebben daaraan ook geen behoefte) en omgekeerd. Beide

⁶ De eerste die daarop (kort) wees, was H. Drion. Zie Beekhuisbundel Op grenzen van komend recht, p. 101, nt. 1.

⁷ Hirsch Ballin, AA XV, 349.

beschermingsvormen leven dus in gescheiden kampen en botsen niet met elkaar. Het pseudo-auteursrecht zou evengoed een zelfstandig recht van intellectuele eigendom kunnen zijn, los van het auteursrecht. De Hoge Raad laat wat dat betreft geen enkele illusie heel als in Radioprogramma III wordt beslist, dat de wetgever niet bedoeld kan hebben dat ook die voorschriften der wet, welke op het bijzondere (oorspronkelijke) karakter van de beschermde werken berusten, zonder meer mede toepasselijk zouden zijn op werken die dat karakter niet bezitten⁸.

Indien men een casus construeert met een object, ten aanzien waarvan beide vormen van bescherming wel samen kunnen lopen, dan komt men tot zeer ongerijmde uitkomsten.

Men stelle zich het boek "Wonderen der chemie" voor, dat U in een onderhoudende, verhalende stijl invoert in de wereld der scheikunde. Dit boek is ongetwijfeld auteursrechtelijk beschermd. Even zeker is dat haar zakelijke inhoud dat niet is: eenieder mag in zijn eigen stijl dezelfde chemische feiten uit de doeken doen.

Brengt men diezelfde zakelijke inhoud over op een geschrift, dat niet anders vermeldt dan tabellen of formules - dan is precies dezelfde inhoud opeens wel tegen ontlening beschermd. Ditzelfde geldt voor iedere wetenschappelijke publicatie, waarvan men de inhoud geheel (nagenoeg geheel) zou weten te abstraheren en weer te geven in een niet meer persoonlijk gekleurde tekst. Niemand mag dan meer middels ontlening soortgelijke gegevens publiceren, behoudens artikel 15a e.v. Aw. Bij puur-functionele geschriften zijn immers vorm en inhoud identiek. Men kan zelfs nog verder gaan en, met toepassing van de leer der open vormen, vaststellen dat vrijwel ieder boek een rationeel aspect aanleeft dat niet door de auteur maar door de logica is bepaald. Dat rationele aspect is onpersoonlijk, en als zodanig "geschrift zonder persoonlijk karakter". Op die manier zal het auteursrecht te hulp schieten met suppleerende bescherming op punten, die het uitdrukkelijk van bescherming heeft uitgesloten⁹.

Dit is al een eigenaardig punt, waar blijkt dat auteursrecht en pseudo-auteursrecht wel langs elkaar, maar moeilijk met elkaar kunnen leven. Er zijn nog andere punten aan te wijzen, waar wrijving kan ontstaan als men objectief werk "te lijf gaat" met subjectief auteursrecht.

Deze vragen laten wij hier liggen, om er in Deel II uitgebreid op terug te komen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 juni 1965¹⁰ kennelijk voorzien dat er problemen van incompatibiliteit tussen auteursrechtelijke regels en pseudo-auteursrechtelijke "gevallen" konden zijn. Hij verklaart daar immers dat de wetgever niet bedoeld kan hebben, dat ook die voorschriften der wet, welke op het oorspronkelijk karakter van de beschermde werken berusten, zonder meer mede toepasselijk zouden zijn op werken welke dat karakter niet bezitten en welke makers aanspraak op bescherming slechts kunnen ontleen aan het enkele feit dat zij deze op schrift hebben gesteld.

⁸ Wichers Hoeth heeft zich erover gebogen wat dit concreet kan betekenen: zie zijn annotatie bij het arrest, opgenomen in "2000 weken rechtspraak", feestbundel Wijckerheld Bisdorp, p. 92-94.

⁹ Het lijkt erop dat Heertje c.s. in de zgn. Heertje-casus (nader te bespreken op p. 75) van deze merkwaardigheid in het auteursrecht inderdaad gebruik hebben willen maken door voor de inhoud van hun econombuch de bijzondere geschriftenbescherming in te roepen. Zij deden dit echter in een te laat stadium, toen de zaak al bij de Hoge Raad lag, zodat het hoogste rechtscollege er jammer genoeg niet op in ging.

¹⁰ Zie noot 5 supra.

Het voorgaande mag dan in zeker opzicht een nadere verheldering bieden van de bijzondere positie van geschriften zonder eigen karakter in de Auteurswet, een nadere bevestiging van de subjectieve leer biedt het niet. Men is het er immers wijd en zijd over eens dat de geschriften zonder eigen karakter een buitenbeentje zijn, of men dat nu vanuit de hoek van de subjectieve leer verklaart of anderszins. Wel veelbetekenend voor de subjectieve theorie zijn de volgende gegevens.

Geschriften zonder persoonlijk karakter en "originale keuze"

In hoofdstuk I (p. 25) hebben wij gezien, dat de subjectieve leer oorspronkelijkheid ontzegt aan scheppingen die uitsluitend op een zogenaamde "oorspronkelijke keuze" berusten. In dit verband is het niet zonder belang dat wij bij werken die algemeen beschouwd worden als geschriften zonder eigen karakter, verschillende voorbeelden aantreffen die desalniettemin "oorspronkelijke keuzes" bevatten. Het feit dat de "oorspronkelijke keuze" ook hier géén origineel karakter verschaft heeft aan het geschrift, levert een bevestiging op van de subjectieve leer.

Zo is het spoorboekje volgens algemene consensus een geschrift zonder eigen karakter¹¹. Toch ligt het voor de hand dat bij de opbouw van een ingewikkelde dienstregeling tal van persoonlijke keuzes gemaakt worden die het hoogst onwaarschijnlijk maken dat een andere persoon of een ander team met precies hetzelfde resultaat voor de dag zou komen. Hetzelfde kan gelden voor spelregels: toch worden die in de doctrine¹² en jurisprudentie¹³ eveneens als onpersoonlijke geschriften aangemerkt. En kan de maker van de beroemde "schouwburgwijzer" uit de Memorie van Toelichting geen oorspronkelijke keuzes hebben getroffen? Niettemin is er sprake van een geschrift zonder eigen of oorspronkelijk karakter. Voor originaliteit komt dus méér kijken dan uitsluitend een oorspronkelijke keuze.

Met name bij tabellen e.d. moet men onderscheid maken tussen de verdienste van de tekst als zodanig en die van de grafische vormgeving. Ik denk aan het spoorboekje, dat qua vormgeving een markant eigen karakter heeft. Dat zit hem echter niet in de opschriftstelling, want die kan hoe dan ook slechts vertrekpunten, bestemmingen, uren en treincijfers vermelden. De grafische vormgeving daarentegen is niet puur functioneel, maar een typische "open vorm". Enerzijds worden aan de vormgeving technische eisen van leesbaarheid en duidelijkheid gesteld. Anderzijds is er voldoende speelruimte voor de eigen inspiratie van de grafische ontwerper. Deze is auteursrechtelijk beschermd.

Conclusie

¹¹ Vgl. bijvoorbeeld Verkade/Spoor no 44, p. 57 die dienstregelingen als geschriften zonder persoonlijk karakter aanmerken.

¹² Vgl. Van Lingen, p. 49; Verkade/Spoor no 44, p. 57.

¹³ Rechtbank Dordrecht 13 mei 1942, NJ 1943, 31, Monopoly-Adjota; zie ook (niet expliciet) President Rechtbank Assen 25 juli 1978, BIE 1979, 161 Valkuil.

Artikel 10 lid 1 sub 1 fourneert ons een uniek voorbeeld van bescherming van een objectief voortbrengsel door de Auteurswet.

Wij hebben te maken met puur functionele vormen. Significant is, dat deze werken ook dan het eigen en persoonlijk karakter ontzegd wordt, als zij de neerslag bevatten van arbeid waarbij wel degelijk "oorspronkelijke keuzes" in de zin van het dagelijkse spraakgebruik zijn gedaan, welke keuzes echter volgens de subjectieve leer niet in auteursrechtelijke zin oorspronkelijk zijn.

De realiteit levert hier dus een bevestiging op van de conclusies van de subjectieve leer.

B. AARDRIJKSKUNDIGE KAARTEN, SCHETSEN E.A.

Aardrijkskundige kaarten (art. 10 lid 1 sub 7e) en ontwerpen, schetsen en plastische werken, betrekkelijk tot de bouwkunde, de aardrijkskunde, de plaatsbeschrijving of andere wetenschappen (art. 10 lid 1 sub 8e).

Technische vorm

Kaarten, plattegronden, maquettes, bouwtekeningen en aanverwante produkties zijn weergaven: ze refereren aan een ander fenomeen waarvan ze de vorm en/of de eigenschappen weergeven. Op die manier wordt op een beeldende wijze informatie overgedragen.

Hoewel de hier bedoelde groep werken iets weergeeft, moet men ze scherp onderscheiden van de 'weergave' die wij straks onder D zullen bespreken (zie p. 78). Dan zullen wij het hebben over de weergaven van auteursrechtelijk beschermde werken, zoals een plaatopname van een hit of een schets van een beeldhouwwerk. Die categorie roept eigen problemen op. Voorlopig behandelen wij de weergaven met terzijdestelling van die complicatie. Nu is ons enige probleem dat de weergave ipso facto meebrengt dat er een objectief element in besloten ligt, dat dus niet vrij door de willekeur van de maker kan worden bepaald.

Het objectieve element schuilt daarin, dat een gedeelte van de weergave in enigerlei opzicht een reproductie moet opleveren, een relevant aspect moet vertalen, van de 'moedervorm'. In hoeverre valt nu auteursrechtelijke bescherming te rijmen met dat objectieve aspect? Alvorens een eigen stellingname te ontwikkelen zullen wij kort de meningen in jurisprudentie en doctrine horen.

Het technisch aspect van kaarten e.d. in doctrine en jurisprudentie

De doctrine heeft aan het onderwerp van de auteursrechtelijke bescherming van kaartwerken, plattegronden e.d. slechts geringe aandacht besteed. Men beperkt zich veeleer tot de globale vaststelling dat het gegeven zelf dat door de kaart wordt weer-

gegeven, niet beschermd is, omdat niemand het monopolie kan krijgen om een bepaalde stad of streek in tekening te brengen¹⁴.

Een plattegrond en een kaart vormden reeds vóór 1920 tweemaal de inzet van een procedure.

In 1914 besliste de Amsterdamse rechtbank¹⁵ over een oriënteringskaartje van de - zelfde stad dat op grondslag van een bestaande CITO-plattegrond was ontworpen. Op het CITO-plan rustte auteursrecht. Gedaagde betoogde dat het oriënteringskaartje de karakteristieke eigenschappen, waardoor het CITO-plan zich onderscheidde, miste. De rechtbank wijst erop dat de Auteurswet bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm verbiedt. Zij oordeelt dat zowel door gedaagdes erkenning, als door bezichtiging en vergelijking der beide kaartjes als vaststaand kan worden aangenomen, dat gedaagde bij het ontwerpen van het oriënterings kaartje het CITO-plan van eiser tot zekere hoogte heeft nagemaakt en, zij het dan niet in zijn geheel, heeft overgenomen.

De Rechtbank te Leeuwarden¹⁶ kreeg in 1916 te maken met een geval van plagiaat van een kaart van het Friese Merengebied. Hoewel tussen de kaarten afwijkingen en verschilpunten bestaan, wordt geoordeeld "dat de punten van overeenstemming welke over blijven, naar het oordeel der Rechtbank die van verschil zóó zeer overheerschen, dat op grond van de in het oog vallende gelijkenis als bewezen moet worden aangenomen dat de kaart van gedaagde niet anders is dan het nagemaakte scheppingsprodukt van eischers."

Van recenter datum is een uitspraak van het Hof 's Hertogenbosch¹⁷. Het Hof weerlegt de stelling van gedaagde, dat een plattegrond oorspronkelijkheid mist als de

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Van Lingen, p. 52, Komen/Verkade, p. 55. Expliciet wordt slechts door Verkade/Spoor (No. 57, p. 71) op het probleem ingegaan. Zij roeren met name het boeiende probleem aan of een - originele - stedenbouwkundige opzet een auteursrechtelijke schepping kan inhouden. Is Nieuwegein een "werk"? Met Verkade/Spoor menen wij dat een stedenbouwkundige opzet (gebouwencomplexen, straten, pleinen, luchtbruggen, plantsoenen binnen één oorspronkelijk concept) auteursrechtelijke bescherming mag genieten. Zelf hebben de schrijvers al aangegeven dat de problemen die door toepassing van het auteursrecht zouden kunnen ontstaan grotendeels vermeden kunnen worden via artikel 15b en 18 Aw. Artikel 15b betreft door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakte werken. Van algemene toepassing is artikel 18, dat luidt "Als inbreuk op het auteursrecht op een werk, hetwelk blijvend op of aan den openbaren weg zichtbaar is opgesteld, wordt niet beschouwd de verveelvoudiging, of de openbaarmaking van zodanige verveelvoudiging, indien het werk daarbij niet de hoofdvoorstelling vormt en de verveelvoudiging, door hare grootte of door de werkwijze, volgens welke zij vervaardigd is, een duidelijk verschil vertoont met het oorspronkelijke werk, en zich, wat bouwwerken betreft, tot het uitwendige daarvan beperkt". Aan alle voorwaarden van artikel 18 is, dachten wij, voldaan door degeen die een plattegrond uitgeeft van het betreffende stadscomplex. Ook aan de voorwaarde dat het stadscomplex niet de hoofdvoorstelling vormt: de hoofdvoorstelling is immers het *architectonisch* geheel, niet het cartografisch aspect van het stadscomplex.

Ingewikkelder is de zaak uit modelrechtelijk oogpunt. Het stadscomplex zou tot onderwerp van een modeldepot gemaakt kunnen worden; uiteindelijk betreft het immers het nieuwe uiterlijk van een 'gebruiksvoorwerp'. Maar: de BTMW beschermt alleen het uiterlijk van een concreet voorwerp waarvan depot is verricht. Men mag dus geen stadscomplexen naar hetzelfde model maken, maar wel plattegronden. En als de ontwerper nu ook depot verricht voor een plattegrond? Dan is alleen het concrete uiterlijk van die plattegrond beschermd, maar niet andere vormgevingen die nog denkbaar zijn. Hier manifesteert zich het door Van Nieuwenhoven Helbach benadrukte verschil tussen Aw en BTMW, dat de eerste een ideeënbescherming is (van het *substraat* van de uiterlijke verschijningsvorm), de BTMW daarentegen *strikt* vormgebonden bescherming biedt (uitsluitend de uiterlijke verschijningsvorm).

¹⁵ 26 januari 1914, NJ 599.

¹⁶ 2 november 1916. NJ 1917, 1069

¹⁷ 16 februari 1976, BIE 1977, 259.

toegepaste stijl vaker gebruikt wordt voor kaarten; wezenlijk is of dezelfde gebieden reeds eerder volgens diezelfde stijl of methode in kaart zijn gebracht.

Boeiend in deze uitspraken is dat ze, huns ondanks, aantonen dat het ontlenings- vereiste een belangrijker rol speelt in het auteursrecht, naarmate het oorspronkelijk- heidsgehalte zijn minimumgrens nadert. Als men, zoals overduidelijk in het laatste geciteerde geval, een vorm die reeds vastligt in kaart gaat brengen volgens een methode die reeds bekend is, dan mag dat wel een originele schepping opleveren in de zin van de Auteurswet, maar de vraag is of niet veeleer de moeite van de maker dan diens oorspronkelijkheid beloond wordt. Alle drie uitspraken beklemtonen dan ook dat er onmiskenbaar signalen van ontlening zijn. Alleen in zo'n geval lijkt het mij ook vol te houden dat een andere kaart ondanks 'afwijkingen en verschilpunten' toch nog een auteursrechtelijk af te straffen 'bewerking of nabootsing' oplevert. Had ieder teken van ontlening ontbroken, dan zou naar mijn idee het bestaan van afwijkingen en geschilpunten als voornoemd al gauw voldoende zijn geweest om de klacht van inbreuk op auteursrecht af te wijzen. De mogelijkheden om een eigen vormgeving te bereiken zijn immers al hoogst beperkt¹⁸.

Vraag is of deze vaststelling ook belang heeft voor ons onderwerp, de relatie tussen auteursrecht en techniek. Naar mijn idee is dat belang inderdaad aan te tonen. Door het stellen van het ontleningsvereiste, of door het nadrukkelijk willen aantonen van ontlening, verraadt men immers dat het oorspronkelijke gehalte van de geplagieerde scheping twijfelachtig is. Is iets qua vormgeving en idee werkelijk oorspronkelijk, dan kan men het feit van ontlening immers genoegzaam uit de gelijkenis zelve afleiden. Het feit dat twee makers een ingewikkelde vorm maken met hetzelfde uiterlijk, is op zich voldoende bewijs althans bewijsvermoeden van ontlening, tenzij de mogelijkheid bestaat dat de vorm niet door hun eigen willekeur, maar door bestaande feiten en door de logica is bepaald. Dan moet de ontlening apart worden aangetoond. Hetzelfde wat wij bij geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter constateerden, constateren wij ook hier. Het ontleningsvereiste krijgt een geprononceerd karakter wanneer een Fremdkörper zich in het auteursrecht nestelt, wanneer een fenomeen bescherming vraagt waarvan de oorspronkelijkheid twijfelachtig is. Kaarten zijn voor een belangrijk deel objectief bepaald. Hun oorspronkelijkheid is evenredig gering. Veranderingen die, indien ze onafhankelijk waren geschied, ruimschoots de geringe originaliteitseis hadden vervuld, leveren plagiaat op als blijkt dat een beschermd werk de grondslag voor de kaart als geheel is geweest. Wat men dan beschermt, is niet puur het oorspronkelijke karakter van de eerdere kaart, maar veeleer de moeite van de maker.

Kaarten e.a.: puur functionele of open vormen?

Hierboven namen we al ruimschoots een aanzet tot een eigen stellingname, die ik nu kort zal trachten te verwoorden. Kaarten en aanverwante weergaven zijn, in tegenstelling tot geschriften zonder eigen karakter, altijd 'open vormen'. Het open karakter van de vorm is echter uitgesproken smal. Kan men ten aanzien van kaarten nog enigszins variëren, bij maquettes lijkt men veeleer te maken te hebben met vrijwel puur

¹⁸ De ontleningskwestie komt uitgebreid in deel II aan de orde (p. 156 e.v.).

functionele vormen¹⁹. Als men die vormen toch beschermt, beschermt men iets anders dan oorspronkelijkheid. Veeleer is het de moeite van de maker waarop men anderen niet straffeloos wil laten parasiteren. Daarom duikt het ontleningsvereiste - zijns ondanks - op.

Met technische schetsen en blauwdrukken²⁰ is het al net zo als met maquettes: deze zijn (vrijwel) puur technisch bepaald. De elementen die geen enkel origineel karakter hebben, worden niet beschermd. De elementen waarvan het origineel karakter zeer pover is, zullen vermoedelijk tegen ontlening beschermd zijn, maar niet tegen onafhankelijke namaak.

Een technische schets of een blauwdruk kan een weergave zijn van een object, dat los van de blauwdruk auteursrechtelijke bescherming verdient. Dit probleem komt verderop aan de orde.

Bij kaarten en plattegronden kan de maker welbewust kleuren kiezen, hij kan de weer te geven vorm op een bepaalde wijze styleren, hij kan de kaart van originele symbolen voorzien. Niettemin blijft er een sterk functioneel element spelen. De beschouwer moet aan de kaart enigerlei exacte informatie kunnen ontleen, en de vorm mag maar in beperkte mate bepaald worden door de fantasie of de vrije keuze van de maker. In die mate echter waarin het kan, is auteursrechtelijke bescherming mogelijk, mits de maker er maar een origineel karakter aan heeft weten te geven. Zo kende de Amsterdamse Kantonnier²¹ bescherming toe als gevolg van "de wijze van tekenen, de vorm van de letters en de plaatsing van de namen". Voor de niet-bescherming van "het onderwerp" van kaarten, voor de beperking tot het originele aspect van die kaart dus, worden ook wel andere redenen gegeven dan het technisch gedetermineerde karakter van de kaart. Zo wordt aangenomen dat het onwenselijk is dat iemand het recht voor zich zou monopoliseren om een landstreek uit te beelden. Zo een vaststelling duidt echter een ongewenst gevolg aan, maar raakt geen aan het auteursrecht inherente redengeving. Het zwaartepunt van de moeilijkheid ligt immers niet in het monopolie (iedereen mag een monopolie verwerven op een kaart van een fantasiestaat) maar in het feit dat de landstreek geen produkt van des makers fantasie is, maar een bestaande realiteit. Er komt dus geen creativiteit in auteursrechtelijke zin te pas bij de 'grondvorm'.

Wij hebben een vergelijking getrokken tussen geschriften zonder persoonlijk karakter en kaarten c.s. Die vergelijking gaat niet helemaal op. De grond daarvan is dat bij genoemde geschriften (zoals hierboven aangetoond), ook de inhoud tegen ontlening beschermd is, omdat vorm en inhoud er immers identiek zijn.

Voor zover auteursrechtelijke bescherming speelt voor kaarten, speelt deze uiteraard niet ten aanzien van het puur functionele element (de grondvorm, de 'kaart van Nederland' maar ten aanzien van de, zelden erg oorspronkelijke, invulling of opvulling van

¹⁹ In dit kader zijn uitsluitend bedoeld maquettes van niet-auteursrechtelijk beschermd werk: men denke aan de maquette van een terrein van archeologische opgravingen. De maquette van wel auteursrechtelijk beschermd werk, zoals de maquette die de architect maakt vóór hij zijn ontwerp ook werkelijk bouwt, levert aparte problemen op, wij behandelen die onder D (p. 78 e.v.).

²⁰ Ook hier weer: blauwdrukken van niet-auteursrechtelijk beschermd werk, bijvoorbeeld puur-functionele machine-onderdelen. Zie echter Reimer, GRUR 1980, 572, die ook deze technische afbeeldingen auteursrechtelijk wil beschermen.

²¹ 6 april 1985, BIE 1986, 196.

die grondvorm. Bij geschriften zonder persoonlijk karakter is ook het puur functionele element zelf tegen ontlening beschermd. Dat is echter bij kaarten vrij.

Het zijn de laatste overwegingen die duidelijk maken dat de kaarten en aanverwante werken niet qua aard een vreemde eend in de auteursrechtelijke bijt zijn, zoals de geschriften zonder eigen karakter dat wèl zijn. Toch is prudentie geboden. Bij plagiaat kan de geplagieerde open vorm wel eens origineler schijnen in de ogen van de rechter, dan zij eigenlijk verdient te heten.

C. HET WETENSCHAPPELIJK WERK

De auteursrechtelijke bescherming van wetenschappelijk werk, inzonderheid van wetenschappelijke geschriften, is in Nederland nauwelijks onderwerp van wetenschappelijke discussie geweest. Zo is ook de bedroefde constatering van Grosheide, die vaststelt dat Nederlandse auteurs de vraag wat werken van letterkunde kunst en wetenschap zijn, niet ten principale aan de orde stellen²². Wat werken van wetenschap betreft, beperkt ook deze auteur zich echter tot de constatering dat wetenschappelijk werk per se niet beschermd wordt, en dat, voorzover wetenschappelijk werk beschermd wordt, dit niet de wetenschappelijkheid ervan maar de *communicatie* van en over op schrift gestelde of anderszins vormgegeven onderzoeksresultaten betreft. Pure inhoud van bijvoorbeeld een leerboek is niet beschermd²³. In het Duitse taalgebied ligt dat anders, enerzijds omdat het BGH in recente jaren een aantal spraakmakende oordelen in dit domein gevelde heeft²⁴, anderzijds omdat de polemiek krachtig werd aangeblazen door de kwalificering van de computerprogrammatuur als "wissenschaftliches Schriftwerk" in de vuurstorm rond de programmatuurdiscussie.

In Nederland is het rustig gebleven ondanks het feit dat dezelfde redenen voor opwinding bestonden. De analogie van het computerprogramma met het wetenschappelijk geschrift houdt immers niet op bij Lobith. Daarnaast heeft Nederland in de Heertje-uitspraak²⁵ een monument van rechtspraak gevonden dat de vlakke van het vraagstuk nog wel lange tijd zal beheersen. Ook deze beslissing heeft echter geen pennestrijd doen ontbranden.

Misschien dat de reacties in Nederland lauw bleven omdat de auteursrechtsspecialisten - de pleiter voor Heertje uitgezonderd - zich aangenaam bewust zijn van het feit dat ieder geschrift auteursrecht geniet, geheel afgezien van het eigen en persoonlijk karakter. Dat is immers het gevolg van de hier te lande geldende ruime interpretatie van "alle andere geschriften" in artikel 10 lid 1 sub 1.

Men zou de lotgevallen van het wetenschappelijk geschrift met deze constatering kunnen besluiten, als er niet een complicerende factor bestond. Die factor wordt gevormd door het feit, dat wetenschappelijke principes, theorieën, systemen, concepten e.d. principieel vrij zijn van auteursrecht²⁶. Dat impliceert dat ook bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter niet baat, ja, niet mag baten voorzover het om de inhoud van een wetenschappelijke leer gaat.

²² Prft. p. 195, zie ook nt. 76.

²³ Grosheide, Prft., p. 197, 230, 306.

²⁴ BGH 15 dec. 1978, GRUR 1979, 464, Flughafenpläne; BGH 21 nov. 1980, GRUR 1981, 352, Staatsexamens-arbeit.

²⁵ HR 5 jan. 1979, NJ 1979, 339.

²⁶ Zie o.a. Pfeffer/Gerbrandy, p. 84, met verdere verwijzingen; Van Lingem, p. 44; Verkade/Spoor, p. 49 en 114.

Het axioma dat wetenschappelijke principes en theorieën niet beschermd zijn, behoeft echter nuancering. Eenieder weet immers dat het adagium geen vrijbrief geeft ieder produkt van wetenschap te slachtofferen op de copybar. Er is dus een nadere precisering nodig. Er is een gebied dat "vrij" is, er is een gebied dat auteursrecht geniet. Met behulp van algemene geschriftenbescherming kan geen zinvolle grens getrokken worden: deze is immers naar haar aard oeverloos. Bovendien betreft zij slechts de vorm en zegt niets over de eventuele bescherming van de inhoud. Maar het is daarentegen de moeite waard om te bezien of het oorspronkelijkheidsvereiste, dat wij in de zin van een subjectief criterium hebben geïnterpreteerd, behulpzaam kan zijn bij het ontwerpen van een zinvolle afgrenzing van de auteursrechtelijke bescherming.

In zulk een opvatting zouden de elementen, die aan de subjectieve controle van de maker zijn onderworpen, auteursrechtelijk beschermd zijn. De elementen, die aan een objectieve controle worden onderworpen, die met andere woorden gemeten worden aan een onomstotelijke externe standaard, zouden niet "oorspronkelijk" zijn en dus ook niet auteursrechtelijk beschermd. Is dit te rijmen met een zinvolle afgrenzing van het vrije, algemene domein der wetenschappen?

Oorspronkelijk gehalte, zo menen wij, kan in wetenschappelijke werken gestalte krijgen zowel in de vorm als in de inhoud. Wij zullen beide elementen behandelen.

Oorspronkelijk gehalte in de vorm

Oorspronkelijk gehalte in de vorm van een wetenschappelijk geschrift is uiteraard mogelijk, met name naarmate de auteur zich in zijn formuleringen meer vrijheid en omhaal veroorlooft. Het onderwerp is daarbij wel van invloed, maar niet van beslissend belang. Men stelle zich een natuurkundige uiteenzetting voor kinderen voor: om een onderwerp meer beeldende kracht te geven, kan de auteur de vormgeving een uitgesproken individueel karakter geven. Als de schrijver het heeft over een radio-actieve isotoop waaruit bèta-straling vrijkomt, zal hij zeggen dat een electron boos van huis wegloopt omdat het daar een rotzooi is; om duidelijk te maken dat bèta-straling een ioniserende straling is die electrisch neutrale atomen in een geladen toestand kan bren - gen, laat hij het boze electron tegen een agent opbotsen die struikelt en vervolgens ook in geladen toestand geraakt.

Moeilijker wordt het naarmate het taalgebruik soberder en "functioneler" wordt. Stellen wij ons een puur functionele tekst voor, een gortdroge, geheel technische beschrijving van een bepaald procédé, dan berust het denkbare minimum aan eigen karakter in twee elementen:

1. Een eigen gevonden, origineel woord of begrip. Dit is uiteraard zeldzaam.
2. Het gebruik van synoniemen. Een volstrekt functionele tekst zegt consequent "omdat", als eenmaal voor het woord "omdat" gekozen is om een causale relatie aan te duiden. Maar zelfs heel verregaand technische beschrijvingen wisselen graag nog wel eens naar "daar" of "aangezien" of andere begrippen. Ook hierin zit een bepaald originaliteitsminimum.

Schematisch kan men die twee elementen weergeven als een horizontaal en een verticaal element:

A	woord 1 "daar"	begrip 1	B.	woord 1 "daar"	begrip 1
	woord 2 "aangezien"	begrip 1		woord 1 "daar"	begrip 1
	woord 3 "omdat"	begrip 1		woord 1 "daar"	begrip 1

Situatie A laat een "verticaal" origineel element zien: voor hetzelfde begrip wisselt de schrijver in de loop van de tekst, naar eigen subjectief inzicht, het woord. In situatie B houdt hij hetzelfde woord. Er is dan geen sprake van originaliteit, behalve als het woord zelf origineel is, doordat het door de schrijver zelf voor het eerst verzonnen is of in deze context is toegepast.

Oorspronkelijk gehalte in de inhoud

Hoewel de Auteurswet in artikel 1 stelt werken van letterkunde, *wetenschap* en kunst te beschermen, betekent dit niet, dat ook *inhoudelijke* aspecten van de wetenschap, bijvoorbeeld de resultaten van natuurwetenschappelijk onderzoek, beschermd worden. In internationaal verband zijn wel al vroeg pogingen in het werk gesteld om tot zulk een bescherming te komen²⁷, een streven dat overigens in de zeventiger jaren weer is opgepakt²⁸, maar dit heeft tot nog toe niet tot resultaten mogen leiden. Het auteursrecht is daarmee beperkt tot, zoals Grosheide het omschrijft, "de communicatie van en over op schrift gestelde (of anderszins vormgegeven) onderzoeksresultaten", en omvat niet "de wetenschappelijkheid" als zodanig van het werk²⁹.

Niettemin heeft Cherpillod³⁰ in een belangrijk betoog als zijn overtuiging te kennen gegeven dat de uitsluiting van de inhoud van wetenschappelijk werk van auteursrechtelijke bescherming door de doctrine veel te categorisch geformuleerd wordt. Wie kan er ontkennen, zo vraagt hij, dat wetenschappelijk en met name filosofisch werk een uitgesproken oorspronkelijk karakter kan hebben, óók qua inhoud? Cherpillod licht deze stelling toe aan de hand van een voorbeeld. Nemen wij een filosofisch werk als 'Die Welt als Wille und Darstellung' van Schopenhauer, dan moet men vaststellen dat de inhoud van dat werk niet minder aanspraak kan maken op oorspronkelijkheid dan de plot van een roman, waarbij overigens opvalt dat, net zoals voor die plot geldt, het indi-

²⁷ Zie de heldere uiteenzetting van Grosheide, Op. cit. p. 196 e.v.

²⁸ Zie BIE 1976, 174 en 1979, 85.

²⁹ Grosheide, Op. cit. p. 197.

³⁰ Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, p. 66 e.v., 161 e.v.

vidueel karakter van de filosofische idee een geprononceerder karakter krijgt naarmate men hem gedetailleerder weergeeft, terwijl dat individueel karakter verwatert naarmate men zich tot een summierder weergave beperkt³¹.

Voorts voert Cherpillod aan dat het feit dat wetenschappelijke theses en concepten *op zich* geen oorspronkelijkheidswaarde in de zin van het auteursrecht hebben, niet uitsluit dat deze in de eigen combinatie waarin de auteur ze gegoten heeft, wèl zulk een origineel karakter krijgen, en dat dit originele karakter zich dan uitstrekt over het werk als geheel³². De eigen *selectie* die de auteur maakt uit de beschikbare objectieve gegevens kan een origineel karakter hebben, aldus de auteur, mits die selectie maar een bepaalde nieuwigheidsgraad heeft en geen puur routinewerk is. De eigen combinatie die het *geheel* van constatering, hypothesen en oplossingen oplevert draagt een persoonlijk stempel in die zin, dat het zelfs in het domein van de exacte wetenschappen onwaarschijnlijk is dat twee geleerden, die zich met dezelfde vraag bezighouden, de oplossing daarvan inhoudelijk op volstrekt identieke wijze gestalte zouden geven. Zo kan er al verschil zijn in de invalshoek of in de zijproblemen die men aanvoert. Erg ver zal de aldus voor de auteur verworven bescherming niet gaan, zo meent ook Cherpillod (die bevestigt dat wetenschappelijke ideeën op zich vrij domein zijn), maar aldus kan tenminste worden voorkomen dat dezelfde inhoud met enige secundaire mutaties in de vorm, door een ander als 'eigen werk' mag worden gepresenteerd.

Deze gedachte van Cherpillod is aantrekkelijk: enerzijds wordt geen afbreuk gedaan aan het klassieke axioma dat de wetenschap buiten het auteursrecht valt en anderzijds wordt de 'eigen opzet' van de wetenschapper gevrijwaard voor al te goedkope nabouw en al te laks profiteren. Bovendien is de vergelijking met de plot van een roman niet ongeslaagd en deze gunnen wij, zoals in Deel II uiteen zal worden gezet, bescherming door het auteursrecht. Ook bij Wittmer³³ (op. cit. p. 86 e.v.) vinden wij de gedachte, dat het auteursrecht inhoudelijke elementen van wetenschappelijk werk kan beschermen.

Daarom zullen wij in de nu volgende pagina's zeer uitgebreid aandacht besteden aan de al dan niet originaliteit van wetenschappelijke inhoud en aan de al dan niet zelfstandige betekenis van de regel van de uitsluiting van wetenschappelijke resultaten.

Toepassing van de leer van het subjectieve werk op de inhoud van wetenschappelijk werk

Indien wij het criterium van het subjectief werk op de inhoud van wetenschappelijke geschriften toepassen dan zijn alleen die elementen beschermd, die aan een subjectieve controle worden onderworpen en dus niet objectief controleerbaar zijn. Dat betekent dat er belangrijk onderscheid ontstaat in de graad van bescherming al naar de verschillende wetenschappen. De inhoud van werken op het gebied van de exacte wetenschappen zal alleen in zoverre beschermd kunnen worden als de auteur zich aan hypothesen of prognosen waagt. Alleen daaraan kan immers onder omstandigheden een subjectief

³¹ Cherpillod, Op. cit. p. 68.

³² Op. cit. p. 161.

³³ op. cit. p. 86 e.v.

karakter worden toegekend. De inhoudelijke aspecten van filosofie en theologie echter zijn, zonder aan het wetenschappelijk gehalte af te willen doen, nooit objectief contro-leerbaar. Tussenposities nemen wetenschap als economie, geschiedenis, rechten, psychologie in. Men kan dit onderscheid in bescherming onrechtvaardig vinden. Toch blijkt het systeem van de Auteurswet niet berekend op de stress die ontstaat als men haar bescherming ook wil uitstrekken over objectieve wetenschappelijke resultaten. Dat mag bijvoorbeeld blijken uit de worsteling van Woltring om de regeling van artikel 16b en 17 (gebruik voor eigen studiedoeleinden) zodanig toe te passen dat vrij wetenschappelijk onderzoek van computerprogrammatuur mogelijk blijft³⁴.

De objectieve inhoud van een natuurkundig proefschrift is geheel "vrij". Alleen aan de vormgeving kan de schrijver enige bescherming ontleen: vanuit auteursrechtelijke oogpunt verdient het dan ook de voorkeur deze niet volstrekt kleurloos te laten: overigens kan met een uiterst miniem oorspronkelijkheidsgehalte genoeg worden genomen. Maar wat nu aan te nemen in geval het om de inhoud van een filosofisch geschrift of een geschiedsinterpretatie gaat? Men kan voor twee constructies kiezen. De eerste is strikt. Een dergelijk geschrift valt niet objectief op zijn juistheid aan de natuur te toetsen; het is dus een waarheid van subjectief gehalte; auteursrecht is van toepassing. De inhoud is dus beschermd. In deze constructie wordt dus een zeer strenge scheiding tussen objectief en subjectief werk getrokken.

Men kan ook stellen: bij de principiële vrijheid van wetenschappelijke geschriften gaat het om een uitbreiding van dat strikt objectieve domein. Nemen wij het voorbeeld van een filosofisch werk. Of de theorie waar is, weet niemand; er is geen objectieve toets. Maar vaststaat dat de schrijver zijn systeem toch in meer of mindere mate onderworpen heeft, en getoetst heeft, aan de logica. Er is dus naast een subjectief, een objectief element. Dit objectieve element heeft men vrij willen houden van auteursrecht: dat betekent dat weliswaar de vorm niet mag worden overgenomen, maar dat de logisch geconstrueerde analyse die de kern vormt van het wetenschappelijk werk, gemeengoed is. In deze gedachtengang is de inhoud dus niet beschermd.

Het nadeel van deze laatste constructie - die mij op zich veel aannemelijker voorkomt dan de strikte opvatting - is, dat in onze maatschappij wetenschap haast per definitie objectivering impliceert! Wat moet men dan nog verstaan onder een "subjectieve" wetenschappelijke prestatie?

Men hoort soms wel van deze of gene theorie zeggen: "dat is typisch een opvatting van X." Dit duidt op een zeker subjectief karakter van die theorie. Maar is het onmogelijk dat zij in het hoofd van een ander opkomt? Is het wenselijk haar argumentatie tot 50 jaar na de dood van de auteur te monopoliseren? Wat 100 jaar geleden "typisch een opvatting van X" was, denkt 30 jaar na diens dood misschien wel iedereen, zelfs geheel onafhankelijk van X. Maar ook al zou er een element van ontlening inzitten, moet men verbieden dat iemand, jaren na zijn dood, hartstochtelijk een mening van Sartre weer oppakt?

En dan nog! Men zegt: "typisch een opvatting van X", omdat diens opvatting dissident is. Maar misschien heeft X het bij het rechte eind, en zijn al zijn tijdgenoten fout! "Typisch een opvatting van Galilei" placht men eertijds te zeggen. En toch zou

³⁴ Computerrecht 1986, 27.

Galilei geen auteursrecht mogen krijgen, want zijn idee was in werkelijkheid het minst subjectief van alle.

Zolang er geobjectiveerd wordt, getoetst aan de logica, geloof ik dat men beter doet om niet ten aanzien van de inhoud met auteursrechtelijke monopolies tussenbeide te komen. De wetenschappers zelf hebben het objectieve element boven het subjectieve gesteld. Het was niet zozeer hun bedoeling de wereld iets strikt persoonlijks te laten horen alswel iets van - eventueel verhoopte - algemene gelding. Bovendien zijn hun rechten in bevredigende mate zekergesteld: de *vorm* waarin zij hun ideeën gegoten hebben is immers wel beschermd, dat is boven iedere twijfel verheven!

Aldus komen wij ertoe de bescherming van wetenschappelijke inhoud te beperken tot een minieme restgroep: wetenschappelijke geschriften van overwegend subjectieve aard. Een voorbeeld. Een hoogleraar theologie maakt een reis naar het Heilig Land; in ieder heilige plaats schrijft hij een korte meditatie. Die bundelt hij in een boek. Die meditaties zijn onmiskenbaar gevoed en mee-gevormd door de eruditie van iemand die van de wetenschap zijn vak maakt. Zij zijn bedoeld voor een wetenschappelijk of hoog ontwikkeld lezerspubliek. Logica, objectivering en rationaliteit komen echter in deze publicatie, in tegenstelling tot eerder werk van de hoogleraar, op de tweede plaats.

Is er sprake van een wetenschappelijk werk? Men kan dat ontkennen met een beroep op het niet-objectiverende karakter. Ik kom daar straks op terug. Zelf geloof ik dat het mogelijk is aan zulk een werk een wetenschappelijke status toe te kennen. De inhoud is echter tevens subjectief. Auteursrecht is van toepassing. Als de auteur op de radio een meditatie hoort, die onmiskenbaar is opgebouwd uit de elementen die één van zijn opstellen kenmerken, mag hij daartegen ageren.

Zo kan men zich voorstellen dat een hoogleraar privaatrecht een visie weggeeft over de rol van de eigendom in de samenleving, waarin hij persoonlijke indrukken en associaties laat prevaleren boven zijn objectiverende wetenschappelijke traditie. Niettemin zal zijn visie het stempel van zijn wetenschappelijke achtergrond dragen. Ook hier geloof ik dat het subjectieve karakter een wetenschappelijk niveau niet hoeft uit te sluiten.

Men kan echter ook stellen dat het wetenschappelijk karakter van een werk geen kwestie is van een nogal zwevend niveaubegrip, maar van objectieve toetsbaarheid. Subjectief wetenschappelijk werk wordt dan een innerlijke tegenspraak. Wetenschappelijk werk is per definitie geobjectiveerd. Voor de theoloog uit ons voorbeeld maakt het auteursrechtelijk gezien geen enkel verschil. Het feit dat de inhoud van zijn geschrift onwetenschappelijk wordt, verandert niets aan het subjectieve en dus beschermde karakter.

Het eigenlijke belang van de (niet-)bescherming van de inhoud van wetenschappelijk werk ligt echter, zeker tegenwoordig, bij de resultaten der exacte wetenschappen, bij objectief werk dus. Er wordt hier geenszins geoordeeld over de juistheid van die claim op zich, maar het auteursrecht, althans in zijn huidige vorm, is niet de aangewezen rechtsfiguur om aan deze verlangens tegemoet te komen.

Wij hebben nu de positie bepaald van de subjectieve leer ten aanzien van wetenschappelijk werk: toepassing van die subjectieve leer brengt mee dat de inhoud van

wetenschappelijk werk geen auteursrechtelijke bescherming kan genieten, op een ver - waarloosbare uitzondering na. De vorm is daarentegen wèl beschermd. Wij zullen onze resultaten nu deels vergelijken met, deels toetsen aan drie 'casus': de hiervoor opge - worpen these van Cherpillod, het thema van het 'voorbeeld' in een wetenschappelijk werk en het Heertje-arrest.

Cherpillod

Aangaande Cherpillod mogen wij vaststellen, dat de leer van het subjectief werk wat de *analyse* betreft een stuk met hem meegaat: ook in die theorie kan filosofisch, ge - schiedkundig, economisch werk e.d. inhoudelijk een zekere graad van oorspronke - lijkheid hebben; aangaande puur exact natuurwetenschappelijk werk verwerpen wij die these. Maar wat *resultaat* betreft wijken wij toch weer geheel van Cherpillod af: want, zeggen we, al is de inhoud dan origineel, de wet die wetenschappelijke bevindingen uitsluit van auteursrecht sluit ook dit originele aspect uit. Dat is ook niet onrechtvaardig, want de auteur zelf heeft zijn inzicht gepresenteerd als een optie die algemeen kan gelden en dus ook algemeen verkondigd mag worden; bovendien ontleent hij aan de vormbescherming al een aardige zekerheid.

Toetsing aan het geval van een 'voorbeeld' in een wetenschappelijk werk

In het voorgaande hebben wij geprobeerd een analyse te ontwerpen om met behulp daarvan objectieve, half-objectieve en subjectieve elementen in een geschrift te onder - scheiden. Wij zullen die analyse nu aan een proef onderwerpen door haar toe te passen op het fenomeen van een voorbeeld dat een schrijver in een wetenschappelijk werk ten tonele voert. Het verschijnsel van een voorbeeld kan tot veel auteursrechtelijke verwar - ring leiden. Enerzijds moet het voorbeeld objectief kloppen: het mag geen manke vergelijkingen betreffen. Daarin onderscheidt het voorbeeld zich van de vergelijking of de parabel, die een subjectieve, geheel persoonlijke mening van de redenaar moet illustreren. Anderzijds spreekt men wel degelijk van een "origineel voorbeeld". Objec - tief en subjectief karakter lopen dus bij een voorbeeld op een ingewikkelde manier door elkaar. Welk licht kan de leer van het subjectieve werk hierin werpen? Wij beginnen met tegenover elkaar te stellen de eigenlijke redenering van de auteur en het voorbeeld dat die redenering verhelderen moet:

VOORBEELD

REDENERING

Voorbeeld en redenering moeten altijd objectief op elkaar aansluiten. Het doet er daarbij niet toe of het voorbeeld een vaststaand feit of een persoonlijk inzicht betreft; de elementen van het toe te lichten item bepalen de elementen van het voorbeeld. Een voorbeeld is dus altijd objectief, zelfs als het naar spreektaal een "origineel" voorbeeld betreft. Hoe knapper het voorbeeld, hoe meer het objectief gebonden is aan het onder - liggende item. Auteursrecht kan onder die omstandigheden (helaas, zou ik bijna

zeggen) niet worden toegekend. Vaak volgt een redenering echter verschillende fasen die door een voorbeeld kunnen worden toegelicht:

	Redenering
voorbeeld 1	fase 1
voorbeeld 2	fase 2
(ad 3: schrijver geeft geen vb)	fase 3
voorbeeld 4	fase 4

Zoals hierboven uiteengezet, is er in het "horizontale" vlak, geen speelruimte voor eigen individueel stempel, zelfs als er talrijke voorbeelden denkbaar zijn. Het feit dat steeds diverse voorbeelden denkbaar zijn, heeft echter wel gevolg in de "verticale" openvolging. Voor de *analyse* is ook die objectief, die moet immers naar haar resultaat toewerken. Voor de *voorbeelden* echter bestaat geen enkele objectieve dwang, een bepaalde reeks van voorbeelden aan te houden. De schrijver kan er bijvoorbeeld zelfs geheel van afzien een stap in zijn betoog met een voorbeeld te onderbouwen. Het voorbeeld is dus alleen horizontaal puur functioneel, maar niet verticaal. En voorbeeld heeft geen origineel karakter, een reeks van voorbeelden wel. Men kan daarom wel een enkel voorbeeld overnemen, maar nooit een reeks van voorbeelden klakkeloos tot de zijne maken. Wat voor voorbeelden uit een aan logische principes getoetste analyse geldt, geldt tenslotte a fortiori voor voorbeelden die teksten begeleiden die mathematisch of natuurkundig gecontroleerd kunnen worden. Ook deze voorbeelden zijn, qua inhoud, objectief en niet beschermd. Maar een reeks hunner is wel aan auteursrecht onderworpen.

Betekenis van het Heertje-arrest in het licht van het voorafgaande

De vraag is in hoeverre de hier gepresenteerde ideeën steun kunnen vinden in het eerder genoemde Heertje-arrest³⁵ of daar juist door opzij worden gezet.

Centraal in de Heertje-uitspraak staat allereerst het criterium van het Hof, dat zich heeft afgevraagd of een als plagiaat aangevochten economieboek (II) een bewerking van het eisende economieboek (I) van eiser Heertje oplevert in die zin, dat de auteurs van economieboek II arbeid hebben verricht "welke, weggedacht, economieboek I doet verschijnen". De Hoge Raad parafraseert dat het Hof is nagegaan en ook mocht nagaan of, gegeven het bestaan van economieboek I, de arbeid verricht door de auteurs van economieboek II te weinig nieuws bracht en te weinig oorspronkelijk was om hun produkt als een nieuw, oorspronkelijk werk aan te merken.

Deze criteria zijn rijkelijk vaag. Of zij evenwel de conclusie moeten meebrengen dat de Hoge Raad (wetenschappelijke) inhoud onbeschermbaar acht, betwijfel ik. Het Hof zegt in overweging 1.g dat het ten deze gaat om "de originaliteit en de creativiteit van de inhoud van het werk ten opzichte van de bekende stand der wetenschap in het

³⁵ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339.

algemeen". In de bespreking van onderdeel 3 in het arrest van de Hoge Raad kan ik niet lezen dat de hoogste rechter daar de staf over breekt. Veeleer meen ik, dat de mogelijkheid van originaliteit en creativiteit wel degelijk erkend wordt ook naar inhoudelijk aspect³⁶. Nog sterker wordt die indruk als blijkt dat de vragen die het Hof door de deskundigen heeft laten beantwoorden en die de 'onderbouw' van zijn criterium vormen, sterk inhoudelijk gericht zijn. De vraag die onbeantwoord blijft in het arrest, is wannéér er, volgens de Hoge Raad, sprake is van originaliteit en creativiteit. Is daarvan met name sprake ten aanzien van de eigen conceptie, de visie, de hypothesen van de maker (zaken die in de economie een voornamere rol spelen dan in de zeer exacte wetenschappen), of kan er ook originaliteit zijn wanneer de inhoud nieuw en verrassend is, maar mathematisch onomstotelijk aantoonbaar? In dit laatste geval bestaat er geen ruimte meer voor eigen interpretatie en subjectief karakter: de waarheid is weliswaar nieuw, maar verder is zij als een koe.

Hoe dan ook, de Hoge Raad heeft de kwestie in het vage gelaten; bewust misschien wel, want als hij stelt dat de vragen omtrent inbreuk veelal van feitelijke aard zijn, bedoelt hij misschien dat men het *geheel* van de inbreukvraag aan de feitenrechter moet overlaten en dat die óók inhoudelijke overname mag gispn zolang dat maar niet onttaardt in bescherming van wetenschappelijke concepten op zich. Overigens bewijst de uitkomst van de Heertje-casus zelve dat zelfs dan de overnemer zich nog wel het een en ander mag permitteren.

Indien de Hoge Raad inderdaad de originele inhoud wil beschermen, is dat niet in overeenstemming te brengen met de subjectieve leer. Wij hebben immers geconstateerd dat vrijwel iedere wetenschappelijke inhoud, hoe origineel ook, geobjectiveerd was: getoetst aan de logica en aan rationele maatstaven. Hoewel aan iedere niet aan de natuur controleerbare theorie iets subjectiefs blijft kleven - en dit is met name ook in de economie het geval - meenden wij toch dat het geobjectiveerde karakter de doorslag moest geven, en wel op de volgende gronden:

- de belangen van de auteurs zijn op grond van de auteursrechtelijke vormbescherming al voldoende veilig gesteld;
- zij hebben zelf het objectieve element in hun werk op de voorgrond gesteld; zij kennen hun theorie een bovenpersoonlijke, algemene gelding toe.

Hiermee had men ook in de Heertje-casus toegekund. Plagiaat verraadt zich al gauw genoeg door vormovernames, niet alleen in de letterlijke tekst, maar ook in de indeling en presentatie (voorzover die subjectief bepaald zijn). Een leerboek voor een middelbare school kan men niet verwijten zijn theoretische inhoud aan andere bronnen te ontleen: dat is er zelfs wezenlijk voor. Zo'n boek beoogt immers niet de vorming van geheel nieuwe kennis maar juist de overdracht van bestaande kennis; dat impliceert het overnemen van andermans ideeën. Het argument van vrije kennisoverdracht is en blijft

³⁶ Met name als naar overeenstemming in opzet en structuur wordt geïnformeerd. Vgl. ook Pres. Rb. 's Gravenhage 10 oktober 1985, KG '85, 320. Ook deze casus handelde over een economieboek: W.G. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. De President overweegt: "Summiere kennisname van het boek van Shepherd brengt ons voorschands echter tot de opvatting dat Shepherds boek wat meer behelst dan een in een bepaalde didactische vorm gegoten rangschikking van algemeen gangbare economische begrippen en dat wel degelijk sprake is van een werk met eigen karakter en voldoende oorspronkelijkheid". Ook hier wordt kennelijk op de inhoud gedoeld.

overigens het sterkste argument tegen de bescherming van de inhoud van wetenschap -
pelijk werk.

Een korte opmerking tot slot. De pleiter in de Heertje-casus heeft zich - te laat overi -
gens, zodat de Hoge Raad daarover niet meer kon oordelen - beroepen op de bescher -
ming van het boek als geschrift zonder eigen karakter. Aangenomen dat het bewijs van
ontlening kon worden gefourneerd, was de kans mijns inziens groot geweest, dat het
boek van gedaagden gedeeltelijk als inbreuk had moeten worden gequalificeerd, en juist
op grond van de overname van elementen die "eigenlijk" nu juist *buiten* de bescherming
van het auteursrecht moeten vallen. Wij hebben op p. 60 al op deze bizarre kronkel
gewezen; het mag een waarschuwing te meer zijn niet zonder prudentie objectief werk
onder de mantel van het auteursrecht te brengen.

Inleiding

In het navolgende gaat het over voortbrengselen, die niet de schepping zelf zijn, maar wel de wezenlijke trekken van een schepping op enigerlei wijze in zich dragen: weergaven.

Tot nu toe bezagen wij de volgvormen van objecten die zelf geen auteursrechtelijke scheppingen waren. Hieronder wordt behandeld, welke problemen zich voordoen als de "moederzaak" wèl object van auteursrecht is. Rust op de weergave dan een afgeleid auteursrecht? Of een geheel eigen recht? Deze vragen zullen aan de orde komen.

Dragers vertonen enige oppervlakkige gelijkenis met weergaven, maar verschillen toch fundamenteel van karakter met deze. Draggers komen in artikel 14 van de Auteurs - wet aan de orde: "onder het vervelvoudigen van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan het vastleggen van dat werk of een gedeelte daarvan op enig voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen of te vertonen".

Men denke in dit verband aan grammofoonplaten, beeldplaten, compact discs, cassettebandjes, videocassettes en dergelijke, en ook aan floppy discs waarin beeld en geluid is opgeslagen.

Deze produkten zijn geen weergave, maar dienen tot weergave. Ze zijn bedoeld om af te spelen op een apparaat dat het erin opgeslagen werk zonder verdere tussenkomst van de mens zal vertonen of ten gehore brengen.

Het auteursrecht rust niet op de drager als voortbrengsel van de techniek maar uit - sluitend als drager van het daarvan los te koppelen werk. Er doen zich geen problemen voor van scheiding van auteursrecht en techniek. Die problemen kunnen zich eventueel wel voordoen met betrekking tot het in de drager opgeslagen auteursrechtelijk be - schermde werk.

Weergaven van auteursrechtelijk beschermd werk

Wat moet gelden als een weergave een reproductie oplevert van een auteursrechtelijk beschermde schepping? Ontbeert die weergave zelf dan iedere bescherming, als zijnde een voortbrengsel der techniek? De weergave is immers ten volle functioneel bepaald! Alleen de wens, het voorbeeld te laten herleven, heeft voorgezeten bij de vormgeving. Of zet het auteursrecht dat op de moederzaak rust, zich voort in de weergave? En kan de maker van de weergave zelf nog eventuele claims doen gelden?

Wanneer de weergave gebaseerd is op en ontleend is aan een bestaande schepping is het algemeen aanvaard - en overduidelijk- feit dat zulks een door het auteursrecht verboden vervelvoudiging oplevert³⁷. Wie een foto publiceert van een auteursrechte -

³⁷ Spoor, Prft, 26 e.v., 50 e.v.

lijk beschermd beeldhouwwerk of gebouw, pleegt³⁸ auteursrechtinbreuk. Wie toneel vastlegt op film of ampex maakt inbreuk op auteursrecht. Wie een schets maakt en publiceert van een schilderij of van het Centre Pompidou, maakt inbreuk op auteursrecht. Wel kan op de schets of de foto een eigen, onafhankelijk auteursrecht rusten. Dan moet die weergave echter een oorspronkelijk karakter hebben. In sommige gevallen kan men daaraan twijfelen. Maakt een beroepsfotograaf een technisch perfecte foto van een schilderij voor een catalogus, dan ligt daar wel een hoop vakmanschap aan ten grondslag, maar geen oorspronkelijkheid³⁹.

Problemen kunnen ontstaan bij een andere categorie van weergaven, die ik als "voorontwerpen", of, korter, als ontwerpen zou willen aanduiden. Karakteristiek voor deze groep is dat ze eigenlijk niet de eindschepping zijn: ze worden vervaardigd met het oog op de latere realisering van iets dat groter en/of ingewikkelder is. Ik doel op architectonische ontwerpen, voorstudies voor beeldhouwwerk, blauwdrukken voor machines en modellen van toegepaste kunst, schetsen voor tuinarchitectuur.

Men vrijwaart zich voor veel verwarring door, met Wichers Hoeth in zijn 'Kort begrip', vast te stellen dat de vraag of ontwerpen auteursrechtelijk beschermd zijn, afhangt van het oordeel omtrent het getekende of ontworpen produkt⁴⁰. De stelling is echter niet volledig, omdat het niet uitgesloten is dat het ontwerp als zodanig een oorspronkelijk karakter heeft, geheel los gezien van de ontworpen schepping; dat zal echter een uitzondering zijn. Afgezien van die verfijning lijkt mij de stelling van evengenoemde schrijver juist. Zij sluit aan bij het voor Hirsch Ballin al gemaakte onderscheid tussen 'corpus mysticum' en 'corpus mechanicum': het gaat in het auteursrecht om het eerste. Men ziet haar dan ook bevestigd door de jurisprudentie. Niets aan duidelijkheid te wenssen over laat het arrest van het Hof 's Gravenhage 3 november 1965⁴¹ inzake een tafel: "Dat reeds bij de behandeling van de eerste grief is overwogen dat en weshalve het Hof appellantes tafel niet als een oorspronkelijke schepping kan beschouwen, hetgeen uiteraard eveneens geldt voor de door appellante bedoelde ontwerpen van haar tafel."

Ook ziet men dat de rechtspraak inbreuk op het auteursrecht op het *ontwerp* aanneemt na geconstateerd te hebben dat de *vorm* origineel is. Ook dan laat men het oorspronkelijke karakter van het ontwerp afhangen van de oorspronkelijkheid van het ontworpen produkt. In 1965 nam het Hof Den Bosch inbreuk op het *ontwerp* van (de reeds besproken) varkensmeststallen aan, nadat het geconstateerd had dat 'een wel zeer karakteristieke *vorm*' was ontstaan⁴². In de zaak die op 21 juni 1978 speelde voor de President van de Rechtbank te Alkmaar⁴³ werd geklaagd over inbreuk op de rechten zowel ten aanzien van een motorboot als de ontwerpen daarvan; de president volstond met te constateren dat het *model* van het schip een oorspronkelijk karakter vertoonde. Voorts besliste de President te Arnhem⁴⁴ naar aanleiding van een inbreuk op het auteursrecht op een combi-bungalowcaravan: "Het ontwerp van eiseres in zijn totaliteit -

³⁸ Zie echter de excepties van art. 18 Aw.

³⁹ Uitgebreid hierover Verkade/Spoor, pp. 73-74.

⁴⁰ Wichers Hoeth, op. cit. p. 148.

⁴¹ Hof 's Gravenhage, 3 november 1965, BIE 1970, 191.

⁴² 15 juni 1965, BIE 1965, 214; NJ 1968, 396.

⁴³ 21 juni 1978, BIE 1979, 260.

⁴⁴ 12 december 1975, BIE 1976, 277.

en het gaat juist om het produkt als geheel - kan naar Ons oordeel worden aangemerkt als een voorwerp van auteursrecht." Hier ziet men hoe produkt en ontwerp, voor zover het de oorspronkelijkheid aangaat, geheel vereenzelvigd worden: is een produkt origineel, dan kan het ontwerp geen ander karakter hebben.

Men kan echter ook in de tegengestelde richting trachten te redeneren en stellen: is de tekening of het ontwerp onderwerp van auteursrecht, dan ontleent ook het ontworpen produkt daaraan auteursrechtelijke bescherming. Deze opvatting kan tot ernstige complicaties leiden. Zij wordt echter door de wet zelve als het ware aangereikt, waar die stelt (onder artikel 10 lid 1 sub 8), dat beschermd zijn 'ontwerpen, schetsen en plastische werken, betreffende tot de bouwkunde (...) of andere wetenschappen'. Het gevaar ontstaat nu, dat technische voortbrengselen via deze bepaling zich gaan tooien met het privilege van auteursrechtelijke bescherming. Wat is een ontwerp voor een machine anders dan een ontwerp, betreffende tot 'andere wetenschappen', zoals artikel 10 sub 8 formuleert? En dit een keer erkend zijnde, moet ingevolge artikel 13 het nabouwen van de machine onherroepelijk een inbreuk opleveren van het auteursrecht dat rust op het *ontwerp* van de machine⁴⁵. Gerbrandy zegt het onomwonden: "en zelfs kan men verder gaan: het nabouwen van een gebouw, een schip, een precisiemachine is tevens een veeleenvoudiging van de aan die machine ten grondslag liggende tekening...". Verkade⁴⁶, die het probleem onderkent, stelt dat in beginsel de driedimensionale vormgeving op basis van auteursrechtelijk beschermd geachte tweedimensionale tekeningen in literatuur en rechtspraak wel degelijk inbreukmakend geacht wordt. Hij sluit zich hierbij aan, maar constateert dat de auteursrechtelijke schoen hier wringt. Wringen doet de schoen zeker, en met name in de rechtspraak.

Een aantal keren heeft men zich aan een oordeel over ontwerpen van modellen van nijverheid onttrokken met het argument, dat ontwerpen voor dat soort produkten niet onder de Auteurswet vielen, vermoedelijk doeleind op het feit dat ze niet figureerden onder artikel 10 lid 1 sub 8⁴⁷. Een andere vluchtweg werd benut door het Hof Amsterdam in 1978 in de zaak van de windsurfplank⁴⁸. De plank op zichzelf was naar het oordeel van het Hof uit oogpunt van deugdelijkheid en zeilvaardigheid van het geheel aan zo strikte eisen gebonden, dat, indien er al sprake mocht zijn van vrije vormgeving, deze niet de inzet kan zijn geweest van kunstzinnig streven van de makers. Het Hof had daarna gemakkelijk het ontwerp van de plank als evenmin origineel kunnen afdoen, maar dat deed het niet. Het gaf zich integendeel de moeite om aan te tonen dat de pretense inbreukmakers niet door ontleening *aan het ontwerp* maar door eigen studie en berekeningen tot hun resultaat waren gekomen. Deze omweg kan mijns inziens alleen maar zijn voortgekomen uit het idee, dat artikel 10 lid 1 sub 8 ontwerpen van alle wetenschappen beschermt en om oorspronkelijkheid niet maalt. Anders had men immers kun-

⁴⁵ P. 67.

⁴⁶ Noot bij President Rechtbank 's Hertogenbosch, 24 mei 1983, BIE 1984, 218. Zie ook Uiterlijk, p. 187.

⁴⁷ Zie President Rechtbank Amsterdam, 19 oktober 1962, BIE 1963, 100 (bedleeslamp); Hof Amsterdam, 4 juni 1963, BIE 1963, 74 (wasmachine); Hof 's Gravenhage, 3 november 1965, BIE 1970, 191 (tafel). Bij deze laatste is men in dubio: "ook al zouden ontwerpen van tafels, als betreffende tot de (toegepaste) wetenschap der meubelfabricage, begrepen kunnen worden onder ontwerpen, als bedoeld in artikel 10 lid 1 sub 8e der Auteurswet 1911..."

⁴⁸ Hof Amsterdam 2 februari 1978, BIE 1979, 240; Mistral/Windsurfer.

nen volstaan met het niet-oorspronkelijke karakter van de surfplank zelf aan te voeren, zonder verder het ontwerp daarvan te berde te brengen.

Nergens in de Auteurswet is naar mijn idee steun te vinden voor een van beide opvattingen. De eerste, dat de tekst van artikel 10 lid 1 sub 8 tekeningen en modellen van nijverheid uitsluit, moet stranden op het feit dat artikel 10 geenszins een exclusieve opsomming geeft, maar niet meer dan enkele voorbeelden verschaft. Artikel 10 beschermt immers gezien zijn slotlinea in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst. Er is geen enkele reden om ontwerpen voor nota bene zelf vaak auteursrechtelijk beschermde - modellen van nijverheid daar niet onder te laten vallen. De tweede opvatting, dat het originaliteitsvereiste niet zou gelden ten aanzien van ontwerpen, is eveneens onhoudbaar. De oorspronkelijkheidseis is een *clause générale* die voor het hele auteursrecht geldt. Waar zij niet geldt, is zij expliciet uitgezonderd: bij de geschriften zonder eigen karakter. Er is ook geen enkele goede reden denkbaar om ontwerpen zonder persoonlijk karakter een extra bescherming te geven, als men dat voor het ontworpen onnodig en onmogelijk vindt. Dit alles uiteraard onverminderd het feit dat *de manier van uitbeelding* van een ontwerp op zichzelf en los van het ontworpen, origineel kan zijn. Deze originaliteit slaat dan op een eigen karakter in de wijze van weergave. Het is ongetwijfeld dat, wat De Beaufort⁴⁹ bedoelt, als hij zegt dat "onafhankelijk van het (driedimensionale, A.Q.) werk op basis van een hier bedoeld werk (ontwerp A.Q.) vervaardigd, (...) het ontwerp etc. beschermd (is)." De President van de Rechtbank 's Hertogenbosch⁵⁰ liep in de val die door de wet is opgezet en brandde zich lelijk de vingers aan de weerbarstige materie. Hij twijfelde niet aan het feit dat de schetsen voor het ombouwen van auto's ten behoeve van rolstoelgebruikers auteursrechtelijke bescherming genoten. Het ging hem echter te ver om via die weg ook auteursrechtelijke bescherming op het ombouwresultaat ("waarin - hoe nuttig ook - generlei kunstzinnig streven tot uiting komt") te laten gelden. Dat zou in wezen inhouden "dat aan de maker van werktekeningen voor een ombouw als boven bedoeld niet slechts het auteursrecht op die tekeningen zou toekomen, maar ook een uitsluitend recht het ombouwresultaat tot stand te brengen dat in die tekeningen is voorzien, ook dan wanneer dit resultaat zelf geen object van auteursrecht of octrooierecht is of zelfs kan zijn. Deze stelling is echter geheel onverenigbaar met de wetgeving op dit gebied van de industriële en intellectuele eigendom..."

De President had qua resultaat het volste gelijk. Hij kwam tot het goede resultaat, maar jammer genoeg langs een onjuiste redenering.

Tot nog toe hebben wij ons beperkt tot picturale weergaven. Men mag echter niet uitsluiten dat een ontwerp zijn neerslag krijgt in een geschrift. Die mogelijkheid werd terecht niet a priori afgewezen door de President van de Rechtbank Den Bosch⁵¹ in een overigens niet van humoristische trekken gespeend kort geding. In casu miste het plan voor de inrichting van een ontmoetingscentrum tezeer bepaaldheid om als een vorm in de zin van Auteurswet te kunnen gelden. Men kan zich echter ook een plan voorstellen

⁴⁹ P. 61-62.

⁵⁰ President Rechtbank 's Hertogenbosch 24 mei 1983, BIE 1984, 218, Omgebouwde auto's voor rolstoelgebruikers.

⁵¹ President Rechtbank 's Hertogenbosch 31 maart 1977, NJ 1977, 479, Ontmoetingscentrum Helmond.

waarbij, bijvoorbeeld, iemand reeds bestaande creaties hun exacte plaats in een even - eens bestaande omgeving toewijst. Zo een schikking kan een oorspronkelijk karakter hebben. In dat geval moet men aannemen dat er sprake is van een door het auteursrecht beschermd ontwerp. Zie nader ons voorbeeld bij geschriften zonder eigen of oorspronkelijk karakter op p. 59.

Conclusie

De weergave, die het voorafgaand ontwerp is voor een nog te realiseren driedimensionaal object, is de uiting van twee dingen tegelijk. Het is om te beginnen alleen een tweedimensionale vorm. Die tweedimensionale versie kan zeer eigen aspecten hebben. Zo kunnen op een bouwplattegrond de openingen van deuren en vensters gearceerd worden weergegeven. In werkelijkheid zijn deze uiteraard niet gearceerd. Indien die eigen elementen, die in het driedimensionale voortbrengsel niet meer voorkomen, aan de tekening of het ontwerp een eigen oorspronkelijk karakter geven, is de tweedimensionale versie op *zichzelf* onderwerp van auteursrecht.

Maar tegelijkertijd is de weergave ook al de vormgeving van de driedimensionale vorm zelf: namelijk voor zover men met behulp van die weergave, voldoende nauwkeurig kan herstructureren het driedimensionale beeld dat de auteur voor de geest zweeft. Daarmee heeft dat idee het stadium van louter idee verlaten; het begint vorm aan te nemen. Niettemin is het mogelijk dat de vorm nog te vaag is om al van auteursrechtelijke bescherming te kunnen spreken. Ik denk aan het feit dat iemand mondeling of schriftelijk verslag doet van wat hij van plan is te maken. Die beschrijvingen zijn inderdaad vaag: men kan nog niet "zien" wat in de concrete vorm het oorspronkelijke element van de auteur gaat worden. Zo gauw dat oorspronkelijke element echter zichtbaar gaat worden, moet er gesproken worden van een eigen originele idee die voldoende geconcretiseerd is om beschermd te worden. Nodig is dat het oorspronkelijke kenbaar is geworden; niet is nodig dat de contouren van de schepping tot in de fijnste details toe duidelijk zijn. Als het element van oorspronkelijkheid helder genoeg is geweest om over te nemen, is de door de namaker voleinde vorm als plagiaat te beschouwen. Ook al zullen we nooit weten hoe de auteur haar voleind zou hebben.

Op deze manier kan een vorm, die nog niet in drie dimensies gestalte heeft gekregen, auteursrechtelijk beschermd zijn doordat hij 'op papier bestaat'. Aan deze mogelijkheid is echter de voorwaarde verbonden, dat die vorm zelf ook in de driedimensionale realiteit onder de Auteurswet valt. Dat is ook logisch: men kan zich moeilijk voorstellen dat iets wat als ruimtelijk object banaal is, als ontwerp origineel is. Het gaat immers om *dezelfde* vorm in de voorstelling van de kunstenaar! Een andere oplossing leidt tot ontduiking van de Auteurswet: dan zou *alles*, waarvan een oorspronkelijke weergave denkbaar is, ook zelf oorspronkelijk en beschermd moeten zijn. Daar kan men beter niet mee beginnen. Wij formuleren daarom deze regel: de weergave is slechts beschermd als zij origineel is en de bescherming van de weergave strekt zich slechts uit tot het weergegevene als ook dat origineel is.

Ontdaan van een origineel karakter zijn puur functionele vormen. Als men daar schetsen van maakt, kunnen ze ook niet via die schets, als het ware via een achterdeur,

de burcht van het auteursrecht binnen komen. Wat oorspronkelijk gehalte ontbeert, kan dat niet lenen bij de andere, zelfstandige schepping, die de schets of andere weergave is. Deze schets kan op zichzelf wel weer beschermd zijn.

Open vormen kunnen via een weergave beschermd worden. De weergave geeft in zekere zin precies weer, wát er origineel aan is: ze laat namelijk de concrete vorm zien en niet het onderliggende functionele idee, dat abstract en onzichtbaar is.

Gevaar voor een boemerang-effect is er niet. Zulk een effect zou bestaan als de tekenaar vrij was het (puur functionele) machine-onderdeel na te tekenen, en daarna de constructeur inbreuk op des tekenaars auteursrecht te verwijten. Beschermd in de tekening is immers alleen het oorspronkelijke *aspect* dat de weergave siert, maar niet het puur functionele, driedimensionale object. Het auteursrecht heeft op dat terrein geen roeping.

Balans Hoofdstuk III

Maken wij nu de balans op van dit Hoofdstuk III over volgvormen, dan krijgen we het volgende beeld. Wij hebben in dit hoofdstuk een schets gegeven van de toepassing van de subjectieve leer op de inhoud van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, kaarten en schetsen en wetenschappelijke werken; tenslotte hebben wij aandacht besteed aan wat wij 'weergaven' van oorspronkelijk werk gedoopt hebben. Dit onderzoek is noodzakelijk als men inderdaad de praktische consequenties van het aanvaarden van de subjectieve leer wil overzien. Die leer sluit immers objectief gedetermineerde scheppingen uit van auteursrechtelijke bescherming. Daartoe behoren echter niet alleen technische scheppingen, maar ook de volgvormen. De vraag die wij nu moeten stellen is of de toepassing van de subjectieve leer op het vraagstuk van deze volgvormen tot aanvaardbare resultaten heeft geleid.

Ik geloof dat wij dat alleszins mogen bevestigen. De toepassing van de leer van het subjectieve werk op volgvormen heeft niet zozeer tot verrassende resultaten gevoerd als wel tot een bevestiging en stroomlijning van wat ons uit doctrine en jurisprudentie al bekend was. Dat blijkt als men de traditionele uitkomsten op dit terrein vergelijkt met de oplossingen van de subjectieve leer.

Het is immers geheel in overeenstemming met de gevestigde mening, als de subjectieve leer bevestigt dat geschriften zonder eigen karakter eigenlijk een vreemde eend in de bijt zijn; bovendien kan die leer verklaren waarom een geschrift zonder eigen karakter dat oorspronkelijke karakter blijft ontberen, zelfs als er - zoals bij een dienstregeling - originele keuzes aan ten grondslag kunnen liggen. Ook het resultaat van de subjectieve leer toegepast op kaarten, schetsen en dergelijke wekt niet af van de wijdverspreide opvatting dat het origineel karakter dat een auteur aan zulk een werk kan meegeven weliswaar vaak bescheiden is, maar dat het alleszins aanwezig kan zijn in die elementen, die niet door het 'grondgegeven' van de kaart worden bepaald.

In het veld van het 'wetenschappelijk werk' is een vergelijking van de uitkomsten van de subjectieve casu quo de gevestigde leer moeilijker, omdat er niet van een scherp omlijnde gevestigde leer kan worden gesproken. Maar ook hier mag men grosso modo van een grote mate van harmonie spreken, als men tenminste afziet van detailproblema -

tieken en als men zich niet te zeer vastketent aan dubbelzinnigheden in de formulering. Over de hoofdlijnen bestaat immers eensgezindheid: het wetenschappelijk domein is in principe vrij maar de concrete vorm van een wetenschappelijk werk is in principe beschermd. En als er dan op het vlak van de uitwerking van die principes verschil in benadering mogelijk is, dan hoeft dat nauwelijks ook tot concrete verschillen in bescherming te leiden, maar is het eerder de theoretische onderbouwing die verschilt.

Ten laatste hebben wij ons over 'weergaven' gebogen. Daarbij hebben wij vooral verdedigd dat een origineel karakter van het weergegeven object (de stoel) en een origineel karakter van de weergave (de tekening van de stoel) twee verschillende dingen zijn die niet verward mogen worden als het erom gaat, de vraag naar de oorspronkelijkheid van de weergegeven stoel te beantwoorden. Ook als de tekening oorspronkelijk is, kan de stoel best banaal zijn. Dan mag men de banale stoel gerust nabouwen zonder dat inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht op de tekening: want dat auteursrecht rust dan alleen op de originele manier waarop de nog steeds banale stoel is weergegeven. Ondanks het feit dat over dit punt soms nog enige verwarring heerst, lijkt ons deze stelling nauwelijks voor bestrijding vatbaar en in wezen slechts een verduidelijking maar geen afwijking van de klassieke opvatting.

Toepassing van de subjectieve leer buiten het technisch domein op andere objectief gedetermineerde vormen levert dus geen onaannemelijkheden of praktische problemen op. Men mag integendeel wel stellen dat de bestaande oplossingen er door worden bevestigd en geplaatst in een algemeen theoretisch perspectief.

COMPUTERPROGRAMMATUUR

"Faites passer au feu de vos discussions toutes les idées, toutes les théories, en n'assignant à vos débats, si vous le voulez, que le temps pour limiter, mais apportez-nous des solutions simples et des conclusions pratiques."

(Charles Rogier, 1859)¹

INLEIDING: BEPERKING ONDERZOEK

De mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur is onderwerp geworden van hevige discussie. De problematiek heeft een bij uitstek internationaal aspect en de gedachtenvorming en -uitwisseling reikt over de grenzen heen. Ook in deze studie zullen wij ons niet beperken tot uitsluitend nationale bronnen. Een in de vijftiger jaren in de V.S. begonnen dispuut dat einde jaren zestig ook in Nederland en Duitsland werd geopend² heeft in de late zeventiger jaren aan intensiteit maar ook aan relevantie gewonnen - het overnemen van programmatuur werd commercieel steeds interessanter - om tenslotte in de tachtiger jaren te culmineren in een vloed van publicaties en opinies. Dit effect is ongetwijfeld nog versterkt door het feit dat in de jaren tachtig in veel landen richtinggevende jurisprudentie en/of wetgeving tot stand kwam. In Nederland bevestigden uitspraken van lagere rechters begin jaren tachtig de auteursrechtelijke bescherming van software. In de Bondsrepubliek velden in 1985 zowel de hoogste rechter³ als de wetgever in een nieuwe Par. 2 Abs. 1 Ziff. 14 UhrG⁴ een in beginsel positief oordeel. In Frankrijk werd zelfs een gedetailleerde nieuwe titel V betref -

¹ Charles Rogier, Belgisch minister van Binnenlandse Zaken, op het congres van de letterkundigen en kunst eigendom in Brussel, september 1859. Zie: Rechtsgeleerd Magazijn 1882, 319.

² Verwezen zij naar Ulmer, Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besondere Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, Mitteilungen Bayerische Akademie für Wissenschaften, München 1967, en naar Verkade, Bescherming van computerprogramma's, BIE 1970, 58.

³ BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041.

⁴ Gesetz zur Aenderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts van 24-6-1985 in BGBl I/1985, 1137.

fende computerprogramma's in de auteurswet opgenomen⁵, daarnaast bevestigde het Cour de Cassation de mogelijkheid van bescherming door het auteursrecht⁶.

De behoefte aan en de rechtvaardigheid van enige vorm van wettelijke bescherming van programmatuur is, denk ik, het enige punt dat voor iedere deelnemer aan de discussie als een paal boven water staat. Het ontwerpen van een computerprogramma vraagt inventiviteit en belangrijke investeringen aan research. Eenmaal gerealiseerde programmatuur is daarentegen op eenvoudige en goedkope manier te copieren. Van daar, dat een roep om juridische bescherming ontstaan is⁷. In toenemende mate heeft de aandacht van de discussie haar zwaartepunt verlegd naar bescherming door het auteursrecht. Octrooirecht en mededingingsrecht zijn zeker niet principieel afgeschreven, maar worden minder geschikt beoordeeld. Het octrooirecht zou slechts in uitzonderingsgevallen van waarde kunnen zijn. Het mededingingsrecht zou daarentegen een te beperkte rechtsbescherming bieden. Wij zullen ons hier beperken tot de Auteurswet en andere wettelijke, contractuele en praktische beschermingsvormen buiten beschouwing laten⁸.

Computerprogramma's hebben wij in een eigen zelfstandige categorie ondergebracht zonder te kiezen voor classering als 'volgvorm' of 'gevolgvorm'. Beiderlei indeling is denkbaar. In de Duitse doctrine heerst verregaande consensus om programmatuur als een wetenschappelijk werk te beschouwen. Wij zullen die these verderop nader bezien. In het Nederlandse kamp wordt gewezen op de eventuele mogelijkheid, programma's als een "geschrift zonder eigen of persoonlijk karakter" te beschouwen. Een Nederlandse bijzonderheid in het internationale pandemonium van auteursrechtstelsels is namelijk dat alle geschriften, ook die zonder eigen en persoonlijk karakter, auteursrechtelijke bescherming genieten. Dit werd in het voorgaande reeds op p. 57 e.v. uiteengezet, wij zullen er in dit kader opnieuw op terugkomen. Onderbrenging bij wetenschappelijke werken casu quo geschriften zonder persoonlijk karakter levert twee voorbeelden op van een karakterisering als 'volgvorm', een vorm die een passieve afdruk of weergave is van een buiten haar liggende werkelijkheid. Ik meen echter dat men de programmatuur ook heel legitiem zou mogen kenschetsen als "gevolgvorm", een vorm die niet door haar "afkomst", maar door haar doel bepaald wordt.

Een computerprogramma dient, in verbinding met een computer "to indicate, perform or achieve a particular function, task or result" zegt sectie 1 van de WIPO - Model Provisions⁹. "Een computerprogramma is een geheel van instructies, waarmee

⁵ Loi no 85-660 du 3 juillet 1985, Gaz. Pal. '85, 427, Journal officiel de la République Française 1985, 7495, 7499.

⁶ CdC 7 mrt 1986, Expertises 1986, 58 e.v. nt. Bertrand. Zie voor nog andere landen de literatuurverwijzingen bij Schulze, GRUR 1985, 997, in voetnoot 3. Zie ook Vandenberghen in Computerrecht 1986, no 4.

⁷ Een uitgebreid pleidooi voor wettelijke bescherming in het algemeen vindt men in de inleiding bij de 'WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software', Copyright 1978, 6, zie p. 6-8.

⁸ Voor een uitgebreid en praktisch overzicht van beschermingsvormen zie bijvoorbeeld Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, Alphen aan den Rijn - Brussel, 2e druk 1986.

⁹ WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software, Copyright 1978, 6, zie p. 12 en 14 onder letter g.

beoogd wordt, om na invoer ervan in een aangepaste gegevensverwerkende machine, deze een bepaalde taak te laten uitvoeren", zo luidt de definitie van Vandenberghe¹⁰. Deze gerichtheid op een praktisch resultaat rechtvaardigt mijns inziens voldoende het trekken van een parallel tussen programmatuur en modellen van nijverheid. Weliswaar is een dergelijke vergelijking bij mijn weten niet eerder voorgesteld. Dit zal ongetwijfeld daarmee samenhangen, dat het technisch effect bij modellen van nijverheid gelijk wordt gesteld met een "uitkomst" in octrooirechtelijke zin: dat wil zeggen, een technisch effect dat een verandering in de natuur teweeg brengt. Het resultaat op zichzelf van het functioneren van het programma wordt daarentegen door de meerderheid in de octrooi-rechtelijke leer niet als een verandering in de natuur beschouwd.

Voor de auteursrechtelijke relevante vraag in hoeverre de vorm door voorwaarden van praktisch nut bepaald is, is echter zonder belang of dat praktisch nut al dan niet als een verandering in de natuur kan worden aangemerkt. In zoverre staat niets eraan in de weg, de programmatuur met de modellen van nijverheid gelijk te stellen.

Deze studie heeft als onderwerp auteursrechtelijke bescherming van technische voortbrengselen. Techniek hebben wij in het eerste hoofdstuk gedefinieerd als al datgene wat een nuttig effect beoogde. Bij de modellen van nijverheid was het eenvoudig, om het technisch aspect van de vorm te herkennen en te onderscheiden van een eigen vormgeving van de maker. Bij programmatuur is dat alles minder vanzelfsprekend, omdat het om een minder "doorzichtig" en alledaags produkt gaat. Het eerste wat ons dus te doen staat, is ons vertrouwd te maken met enkele algemene aspecten van het begrip programmatuur en te bestuderen, hoe men de oorspronkelijkheidseis in dit veld gestalte heeft gegeven.

Een computer is een automaat voor de opslag en verwerking van gegevens. Gegevensverwerking houdt in, dat de computer de haar verstrekte gegevens (input) volgens bepaalde instructies omzet in nieuwe gegevens (output). Om de automaat geschikt te maken voor gegevensverwerking, moet zij dus gevoed worden met een programma, dat die instructies bevat¹¹.

Wij vinden deze elementen terug in de definitie van een programma in de Model Provisions¹² van de WIPO: "computer program means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result".

De kern van het programma wordt gevormd door een algoritme: een methode, volgens welke in een begrensd aantal stappen een bepaalde opgave wordt opgelost¹³. Op het algoritme zal verderop uitgebreid worden teruggekomen.

Het algoritme is de vrucht van een analyse van het probleem en het ontwerpen van een algemene methode om dat probleem op te lossen. Vervolgens wordt het algoritme

¹⁰ Prft., p. 60.

¹¹ Vgl. o.a. Vandenberghe Prft. p. 29; Wittmer, p. 25 e.v.; Kolle GRUR 1982,444.

¹² Model Provisions, Copyright 1978, 12.

¹³ Hierover met name helder Haberstumpf, GRUR 1986, op p. 224.

gerealiseerd in concrete tot de machine gerichte instructies in een bepaalde programmeertaal. Dit omzettingsproces van algoritme in concrete instructies is geen routine - matige "vertaling", maar stelt haar eigen problemen. Ook hier komen wij op terug. Een programmeertaal bedient zich van gewone begrippen uit de omgangstaal, die echter - via een speciaal programma, de compiler - worden omgezet in een door de machine leesbare code: de binaire code, die uitsluitend uit enen en nullen bestaat. De in mense - lijke taal uitgedrukte instructies van de programmeertaal worden aangeduid als source code of, in Nederlandse vertaling, broncode. De binaire instructies aan de machine noemt men object code¹⁴.

Men kan binnen de programmatuur die de computer "doet lopen", een onderscheid naar functie aanbrengen. Het belangrijkste onderscheid is dat tussen toepassingspro - grammatuur, die specifiek is ontwikkeld voor bepaalde problemen, en systeempro - grammatuur. Deze laatste vormt als het ware de schakel tussen de toepassings - programmatuur en de computer: zij waarborgt een optimaal gebruik van deze laatste.

Tot nu toe hebben wij steeds over programmatuur gesproken. Programmatuur kan echter op twee wijzen worden gerealiseerd: in software en in hardware-vorm. Soft - warematig gerealiseerde programma's leveren diskettes, tapes, ponskaarten en -banden en dergelijke op. Men kan een programma echter ook in de vorm van apparatuur realiseren: dit zijn de veelbesproken "chips" of integrated circuits, tegenwoordig aan - geduid als topografieën van halfgeleiders. Bekijkt men de chip onder een microscoop, dan ziet men als het ware de maquette van een hoogbouwcomplex: vandaar de term topografie. De grens tussen programmatuur en computer loopt dus niet per se parallel met die tussen software en hardware: programmatuur kan ook gestalte krijgen in hard - ware. "Die Grenzen zwischen Hardware und Software sind nicht starr festgeschrieben, sondern fließend. Oft ist es nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, der Kosten, ob eine spezielle Problemlösung durch Hardware oder Software realisiert wird", aldus Kolle¹⁵.

Niettemin zullen wij software en chips beide een gescheiden behandeling geven. Allereerst zal daarbij de software aan de orde komen.

Software

De omschrijving van het begrip software is geen eenvoudige zaak. Kolle constateert gelaten: "Der mit dem Begriff "Computersoftware" umschriebene Sachverhalt ist kom - plex und einer allseitig befriedigenden Definition kann zugänglich"¹⁶. "Software ist die Gesamtheit der gedanklich erarbeiteten Materialien zur Lösung eines Datenverarbei - tungsproblems", definieert Wittmer¹⁷, daarmee een grens ten opzichte van de hardware trekkend.

Een uitwerking van het begrip geven de Model Provisions van de WIPO in sectie 1:

¹⁴ Vgl. WIPO Model Provisions, comments; Copyright 1978, p. 13; Wittmer p. 27,28.

¹⁵ GRUR 1982, 445.

¹⁶ Kolle, GRUR 1982, 443.

¹⁷ Wittmer, p. 35.

For the purposes of this Law:

- (i) "computer program" means a set of instructions capable, when incorporated in a machine/readable medium, of causing a machine having informationprocessing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result;
- (ii) "program description" means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program;
- (iii) "supporting material" means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding the understanding or application of a computer program, for example problem descriptions and user instructions;
- (iv) "computer software" means any or several of the items referred to in (i) to (iii);

Wat een programma is hebben we boven al aangeduid. Het zal hieronder nog nader uiteen worden gezet. Onder de bij ii) genoemde "program description" wordt het ont - wikkelmingsmateriaal verstaan, waarin de grondstructuren en de concepten van het pro - gramma zijn vastgelegd, zij het grafisch (in blokdiagrammen), zij het verbaal. Het onder iii) genoemde "supporting material" is begeleidend materiaal voor de gebruiker. Ook dat kan allerlei vormen aannemen; grafische, verbale, schematische¹⁸.

Chips

Computerprogrammatuur laat zich ook vastleggen op topografieën van halfgeleiders, ook genoemd integrated circuits (I.C.'s), ofwel in de wandeling, chips. Alle tekenen lijken erop te wijzen dat de chip een grote toekomst tegemoet gaat; de wens van juri - dische bescherming laat zich gelden. Is het auteursrecht geroepen om in die behoefte te voorzien?

Allereerst zullen wij ons weer kort een beeld moeten vormen wat chips nu eigenlijk zijn. Hugenholtz¹⁹ omschrijft ze als "kleine, rechthoekige, flinterdunne plakjes halfge - leidend materiaal - meestal silicium, tegenwoordig ook wel gallium-arsenide - waarop een enorm aantal microscopisch kleine, geschakelde elektronische componenten, zoals transistoren, condensatoren en weerstanden, is samengebracht (...). De elektronische componenten van de chip zijn onderling verbonden door stroomgeleidende "kanalen" (delen van de halfgeleider die door een fysische behandeling geleidend zijn gemaakt) en door dunne laagjes metaal, meestal aluminium."

De I.C.'s zijn in twee categorieën te scheiden. Enerzijds zijn er de zogenaamde mi - croprocessors, te beschouwen als een computer op één chip. Anderzijds zijn er geheu - genchips. Deze laatste categorie kan weer worden verdeeld in Random Access Memo - ries (RAM's) en Read Only Memories (ROM's). De RAM heeft veelal de functie van een werkgeheugen, hetgeen zeggen wil dat het geen permanent karakter heeft en kan worden uitgewist (volatiel geheugen). De ROM ziet men meestal bij besturingsap - paratuur, maar wordt ook steeds meer gebruikt bij toepassingsapparatuur. De ROM is

¹⁸ Zie, erg helder, Kolle, GRUR 1982, 444.

¹⁹ Juridische bescherming van chips, BIE 1985, 127.

permanent en *belichaamt* de erin opgeslagen programmatuur, terwijl de RAM het in haar opgeslagen programma maar tijdelijk "aanneemt". Het is het ROM-geheugen dat met de termen firmware en hard-wired software bedoeld wordt. Schakeling en programma vallen bij firmware in zekere zin samen.

Beperking van het onderzoek tot de logische constructie van het programma als instrument

Software is, auteursrechtelijk gezien, een zevenkoppige draak. Een begrip als software beslaat een heel conglomeraat van menselijke prestaties: het eigenlijke programma, de beschrijving van het programma, het begeleidend materiaal. Ten aanzien van ieder van die prestaties afzonderlijk kan men de vraag stellen, of zij elementen bevatten die auteursrechtelijk beschermd kunnen worden. Nemen wij bijvoorbeeld een programma, dan kan dat naast een rekenkundige oplossing een bepaald lay-out ontwerp bevatten dat door de gebruiker gevraagde gegevens overzichtelijk op een beeldscherm brengt. Daarnaast vinden wij in programma's codewoorden of instructies aan de gebruiker; ook dat zijn aspecten, die auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten. Het is met name Wittmer die de eer toekomt een uitgebreide analyse te hebben gemaakt van alle 'componenten' binnen een programma, die afzonderlijk auteursrechtbescherming kunnen verdienen²⁰.

Een grondige benadering als die van Wittmer verdient ongetwijfeld bewondering. Toch zullen wij hier niet een langdurig duel met elk der zeven koppen aangaan, maar trachten het hart van het ondiep te raken. Daarvoor pleit een aantal argumenten. De definiëring van het wezenlijke probleem vermijdt onnodige omwegen. De problematiek van software kan men wel eindeloos vertakken, maar uiteindelijk wordt een juridische synthese van het probleem daardoor steeds moeilijker. Bovendien vereist het volgen van zulk een analyse ook weer meer kennis van programmeerproblemen; het verdient echter de voorkeur oplossingen te vinden, die ook voor 'binaire analfabeten' bruikbaar zijn.

Als men dan zoekt naar het eigenlijke zwaartepunt van programmatuur - en van de behoefte aan bescherming - dan wil ik als zodanig aanmerken de logische constructie van het programma als instrument. Wij bedoelen daarmee de constructie en de volgorde van arbeidsschappen, die de computer in staat moet stellen "a particular function, task or result" te verwezenlijken. Deze logische constructie treedt in haar meest pure vorm op in het programma zelf, maar uiteraard is ze ook reeds mede aanwezig in de program descriptions en in het begeleidend materiaal. Dat wil zeggen dat wij middels de logische structuur niet één toevallige verschijningsvorm van het idee van de programmeur onder de loep nemen, doch een wezenlijke trek die in alle fasen van ontwerp en uitwerking zichtbaar blijft. Het is immers terecht dat Wittmer²¹ ervoor gewaarschuwd heeft dat

²⁰ Blijkens verwijzingen heeft het BGH in zijn oordeel van 9 mei 1985 (BB 1985, 1747 e.v.; WM 1985, 1235 e.v.; GRUR 1985, 1041 e.v.; NJW 1986, 192 e.v. Inkasso-Programm) zich in belangrijke mate door Wittmer laten inspireren.

²¹ p. 30.

men zich niet mag beperken tot een geïsoleerde beschouwing van de beschermingskansen voor gebruiksklare apparatuur, maar dat het gehele prisma van voortbrengselen dat een softwareprodukt samenstelt betrokken is bij de beschermingsproblematiek.

Vooruitlopend op wat verderop in dit hoofdstuk aan de orde komt, stellen wij bovendien vast dat de logische constructie zowel het centrale algoritme als de uitwerking van dat algoritme in een concreet programma omvat.

Daarbij wijzen wij er tenslotte op, dat het juist de logische constructie van een programma als instrument is, die de programmatuur binnen het raam van deze studie doet vallen. Als instrument brengt de programmatuur een technisch effect teweeg. Waar wij ons met name met de relatie tussen auteursrecht en technisch effect bezighouden, is dus in de eerste plaats dit instrumenteel gedeelte van software voor ons van belang.

De logische constructie van het programma moet men onderscheiden van wat ik samenvattend zal aanduiden als 'vormgevingsaspecten'. Ook deze 'vormgevingsaspecten' spelen in elke fase en verschijningsvorm van het programmatuurprodukt een rol. In tegenstelling tot wat geldt voor de logische constructie mag de auteursrechtelijke bescherming van deze 'vormgevingsaspecten' vaak als een paal boven water staan. Men heeft dan ook geprobeerd via het door deze aspecten geboden aanknopingspunt een bescherming voor het programma als geheel te construeren. Aan de hand van voorbeelden zullen wij bezien hoe die poging in haar werk gaat en of zij betrouwbare resultaten oplevert.

Wij beginnen met het voorbeeld van een videogame. Hier springen de vormgevingsaspecten in het oog. Ontwerpt men een spelletje met apen die kokosnoten verzamelen, dan is het plaatje dat op het beeldscherm verschijnt auteursrechtelijk beschermd, net zo goed als wanneer men het op papier getekend had. En al evenmin mag men er aan twifelen dat de programmatuur waarin dat uiterlijk is opgeslagen auteursrechtelijk beschermd is. Het mag geen verschil maken of het een aap op een videoband betreft of een aap uit een chip. Beide vormen een oorspronkelijk werk en zijn dus beschermd. In de leer van het subjectieve werk zou de conclusie al precies eender luiden: het is immers uiteindelijk de maker zelf die bepaalt, of hij zijn apen leuk vindt of niet. Er wordt dus een subjectief criterium aangelegd.

Deze bescherming is in de praktijk ook voldoende. Indien iemand inbreuk op het auteursrecht op videogame verweten wordt, staat niet op de eerste plaats dat hij programmatuur gecopiëerd heeft, alswel dat hij het spelverloop en de spelfiguren heeft overgenomen²². Deze twee zaken moeten echter scherp worden onderscheiden!

Als men alleen de uiterlijke vorm van de apen beschermt, dan impliceert dit, dat het veranderen van die uiterlijke vorm zal vrijwaren voor een actie op grond van schending van auteursrecht, zelfs als men voor niet-uitelijke zaken is teruggevallen op de programmeerideeën van een ander. Laten wij er eens van uitgaan dat iemand de apen vervangt door zeelieden op een kokoseiland. Het feit dat de figuurtjes er nu heel anders uitzien dan die van zijn voorganger maakt een actie op grond van auteursrecht op het uiterlijk van de apen illusoir. Maar dat sluit niet uit dat de nodige programmeer-technische knepen zijn afgekeken van de voorganger. Men kan denken aan de techniek

²² Vgl. Hof Amsterdam 31 maart 1983, AMR 1983, 57 Pacman/Happelaar en het voorafgaande vonnis van de Rechtbank Amsterdam 12 december 1982 in AMR 1983, 17.

om de figuurtjes te laten lopen, in een boom te laten klimmen, een kokosnoot te laten plukken etcetera. Wil men ook die aspecten beschermen, dan komt het aan op de bescherming van programmatuur als instrument, ongeacht de uiterlijke gedaanten die optreden.

Bescherming van enkel uiterlijke 'vormgevingsaspecten' laat dus lacunes bestaan. Het voorbeeld van het videospelletje moge geschikt zijn om het probleem toe te lichten, het is minder waarschijnlijk dat het zich in de praktijk ook zal voordoen. Mogelijkerwijs geldt dat wel voor de gevallen die wij nu zullen behandelen.

Zo levert ook de source code een vormgevingaspect op waaraan auteursrechtelijke bescherming kan worden toegekend. De programmeur heeft immers begrippen en verbindingen benoemd met termen uit de menselijke taal. Dit levert niet minder een auteursrechtelijk te beschermen prestatie op als elke andere oorspronkelijke taaluiting. Maar op het moment dat iemand die termen verandert en het programma op die veranderde termen doet reageren, helpt de auteursrechtelijke bescherming van de oorspronkelijke terminologie de programmeur niets meer, ook al heeft de overnemer zich voor de rest in ruime mate van zijn prestatie bediend.

Ook de grafische en/of verbale vormgeving van de program description is ongetwijfeld auteursrechtelijk beschermd, maar degenen die het op een leuke manier anders weet te zeggen ontsnapt aan de wrekende hand van de geestelijke vader, hoezeer hij diens eigenlijke idee mag hebben overgenomen; althans, zolang geen klaarheid bestaat over het al dan niet beschermen van de logische structuur van het programma.

Tenslotte noemen wij het begeleidend materiaal. Opnieuw bestaan hier tal van mogelijkheden voor eigen vormgeving. Als een inbreukmaker een voldoende afwijkend materiaal ontwikkelt zal de oorspronkelijke programmeur daar niets tegen kunnen beginnen, tenzij de structuur, de ruggegraat van het programma mede auteursrechtelijk beschermd is.

De conclusie uit het voorgaande mag zijn, dat de bescherming via "vormgevingsaspecten" alleen dan een zekere en betrouwbare protectie zal verlenen aan de ontwerper van een programma, als de moeite van de 'gedaanteverandering' economisch opweegt tegen het gemak van het overnemen van de programmeeridee. Als de 'gedaanteverandering' slechts een akkefietje is, zal de bescherming via vormgevingsaspecten de auteur weinig baten. Als de verandering lastig en ingewikkeld is, vormen de vormgevingsaspecten een heel betrouwbare schutswal. Het wonderlijke is nu, dat men in de literatuur dit toch wel wezenlijke punt graag in het vage laat. Bovendien bestaat ook hier weer geen eensgezindheid. Wittmer²³ is ervan overtuigd dat bescherming van vormgevingsaspecten een rol kan spelen als barricade tegen overnemings. Betten²⁴ daarentegen meent dat een metamorphose van het uiterlijk een handige programmeur niet voor grote problemen zal stellen.

Wij voelen ons wel nauwelijks geroepen om dit technisch dispuut te beslechten. Niettemin menen wij dat er gegronde redenen zijn om in het navolgende de bescherming van de logische constructie van het programma als instrument alle nadruk te ver-

²³ Op. cit. p. 120 en 135/136.

²⁴ Betten, Mitt. 1983, p. 67.

lenen, en daarmee de beschermingsconstructie via vormgevingsaspecten naar de achtergrond te schuiven.

Allereerst blijft de kans bestaan dat de uiterlijke vormgeving van bepaalde programma's niet voldoet als verdedigingsgordel. Zelfs als hun aantal gering zou zijn, valt het toch moeilijk te verteren dat zij zich op geen enkele vorm van bescherming zouden kunnen beroepen. Voorts is het niet ondenkbaar dat een bescherming die zich concentreert op vormgevingsaspecten de namakers alleen maar zou aanmoedigen om zich te bekwamen in de falsificatie van die vormgeving. Met behulp van hun eigen kennis kunnen zij daarvoor misschien zelfs programma's ontwikkelen. Aldus zou de bescherming langzaam afbrokkelen.

Daarbij moet men niet vergeten dat de rechter hier en daar geneigd is de overname van vormaspecten te vergeven, als die van niet al te ernstige aard is. Zo besliste de President van de Rechtbank Utrecht in 1982²⁵ dat de vrijwel letterlijke tekstovernemingen van enige delen van het programma slechts zo een gering deel van het programma betroffen, dat van een verveelvoudiging of nabootsing (van het programma) niet kon worden gesproken. En ook in de Heertje-casus werd beslist dat uit een wetenschappelijk werk ontleende passages van te geringe betekenis kunnen zijn om een vordering op grond van auteursrechtinbreuk toe te wijzen²⁶.

Misschien moet men ervan uitgaan dat de rechter eenzelfde mildheid niet aan de dag zal leggen als hij overtuigd kan worden dat de overname van de op zich insignifiante vormaspecten geplaatst moet worden in het kader van de overname van een heel programma. Maar dat roept dan tenslotte ons laatste en meest wezenlijke argument op: iedereen weet dus dat het eigenlijk om de bescherming van iets anders dan een paar uiterlijke vormaspecten gaat: waarom dan niet rechtstreeks de koe bij de horens gevat?

Wij zullen de daad bij het woord voegen en ons wijden aan het probleem van de bescherming van de constructie van het programma als instrument.

²⁵ Pres. Rechtbank Utrecht 10 maart 1982, BIE 1983, 328.

²⁶ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339.

A. OORSPRONKELIJKHEID EN WETENSCHAPPELIJK CONCEPT

Grondvereiste in alle landen is dat een auteursrechtelijk te beschermen werk een eigen, oorspronkelijk karakter moet hebben. De eerste opgave ten aanzien van programmatuur is dan ook de vaststelling van dat persoonlijk karakter.

Zoals wij hierboven hebben uiteengezet, kan men bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre programmateur beschermd is, geen onderscheid maken tussen software en chips. De eigenheden die auteursrechtelijk gezien wezenlijk zijn, liggen bij iedere vorm van programmatuur gelijk. Ook bij bespiegelingen over het persoonlijk karakter hoeft men dus geen onderscheid te maken tussen software en chips. Niettemin heeft men daar in de literatuur wel software en chips separaat gehouden. Uit het oogpunt van voorzichtigheid bekijken wij dus eerst de meningen over het eigen karakter van software, daarna die met betrekking tot chips.

Software

Wanneer wij nu de ideeën met betrekking tot het eigen persoonlijk karakter van software inventariseren, dan levert het volgens de grote meerderheid van de literatuur geen probleem op de mogelijkheid te erkennen dat een niet-vanzelfsprekend programma een individueel stempel heeft. Er zijn slechts enkele uitzonderingen, die aan de programmatuur en haar probleemoplossende structuur de mogelijkheid van een persoonlijk karakter geheel of vrijwel geheel ontzeggen: Betten²⁷, Dietz²⁸, Kummer²⁹, Sidler³⁰, Lucas³¹ en, minder categorisch negatief dan de voorgaande, Von Gamm³². Nauw bij de opvattingen van Von Gamm lijkt het oordeel van het BGH 10 mei 1985 inz. Inkasso Programm aan te sluiten³³.

Zij die verdedigen dat een programma een origineel karakter kan hebben³⁴ voeren daarvoor meestal argumenten aan die neerkomen op de volgende constatering. Het ontwerpen van software vraagt een belangrijke inzet aan kennis, vaardigheid en vooral

²⁷ Betten, Mitt. 1983, 64.

²⁸ BIE 1983, 310, r k 'Programmästhetik' kan geen 'persönliche geistige Schöpfung' opleveren.

²⁹ Kummer, p. 202: wat 'Zweckmässig' bepaald wordt is niet vatbaar voor auteursrechtelijke bescherming.

³⁰ Sidler, Den Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht, Bazel 1968, p. 31.

³¹ Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, no. 5, 279, 282, 303, 304.

³² BB 1969, 99. Von Gamm neemt "schöpferischer Eigenart" slechts dan aan, als er sprake is van een "bedeutendes schöpferisches uberragen der Gestaltungstätigkeit (...) gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen".

³³ Zoals benadrukt door Schulze, GRUR 1985, 999. Von Gamm zat de desbetreffende "Senat" voor. Voor vindplaats Inkasso Programm zie noot 20 supra.

³⁴ Dit is de grote meerderheid; wij zullen daarom van een lange opsomming afzien. De schrijvers komen in de loop van dit hoofdstuk ter sprake. Ook internationaal wint deze opvatting steeds meer veld. Men zie voor een beknopte rechtsvergelijking van enkele grote programmatuurproducerende landen: Bertrand, A.R., Le concept d'originalité en droit d'auteur et son application aux logiciels: droit français et droit comparé, Expertises 1986, 78 e.v.

ook fantasie. Bij een ingewikkelder opgave zijn er talrijke wegen die naar Rome leiden. Wanneer men studenten informatica eenzelfde opdracht voor een programma-ontwerp geeft, zullen geen twee uitkomsten hetzelfde zijn, zomin als individuele opstellen over een gezamenlijk beleefd evenement zullen overeenstemmen. Reeds daaruit blijkt dat ieder programma een eigen, individueel stempel heeft zoals het auteursrecht dat eist, een stempel dat tot stand komt door de talrijke individuele keuzes die de ontwerper bij zijn arbeid treft.

Nederland

Bezien wij de situatie in Nederland, dan blinkt men uit door eenstemmigheid. Over de vraag of aan programmatuur een oorspronkelijk karakter kan worden toegekend heerst in doctrine en jurisprudentie geen enkele twijfel. Verkade, die als eerste in Nederland publiceerde over de bescherming van computerprogrammatuur³⁵ drukt het in zijn "Juridische bescherming van programmatuur" als volgt uit, dat er sprake is van (in talrijke stappen) te maken individuele keuzen, die het programma een zeker persoonlijk stempel van de maker kunnen geven³⁶. Een aantal schrijvers erkent het mogelijk originele karakter impliciet door auteursrecht eventueel van toepassing te achten³⁷. Vandenberghes is weer explicieter: "Het lijdt geen twijfel dat computerprogramma's werken van de geest zijn en dat ze nagenoeg ook alle origineel zijn in de beperkte mate dat dit door het auteursrecht wordt vereist"³⁸.

Wezenlijk voor het origineel karakter achter de aangehaalde schrijvers dus of er een *persoonlijke keuze uit de mogelijkheden* is gedaan. Het onderzoek naar een persoonlijk stempel in concrete gevallen blijft dus nodig. Uit de rechtspraak, die zich overigens bij de doctrine aansluit, blijkt dat de rechter hiervoor nogal eens het advies van deskundigen inroept. In dezelfde zin laat zich Hugenholtz uit³⁹.

De jurisprudentie over de oorspronkelijkheid

Ook de rechtspraak neemt aan, dat een computerprogramma een oorspronkelijk karakter kan hebben. Ik noem enige voorbeelden. De Rechtbank te Assen⁴⁰ gaf daarvan

³⁵ Verkade, *Intermediair* 31 oktober en 7 en 21 november 1969; BIE 1970, 58.

³⁶ Verkade, *Programmatuur*, p. 36.

³⁷ Pfeffer/Gerbrandy, p. 143; Van Ling, p. 46; Wichers Hoeth, p. 149; De Jong, *Aspekten van de wettelijke bescherming van applicatieapparatuur*, *Informatie* 1981, 446; Tengbergen, *Juridische bescherming van computerprogramma's*, *Informatie* jrg. 15 nr. 5, p. 220 (1973); Hugenholtz, *Softwarebescherming, een tussenstand voor de thuisblijvers*, AMR 1984, 90 en 91; zie ook AMR 1985, 32-33; Borking, *Een gat in de auteurswet: objectcode niet beschermd*, *Informatie* 1983, nr. 4, p. 28.

³⁸ Op. cit. p. 89: Vandenberghes is echter van mening dat software niettemin niet thuishoort in het auteursrecht (Op. cit. p. 93). Auteursrecht op software zal de technische innovatie afremmen, zo meent hij; hij komt dan tot een eigen afgrenzingscriterium, dat de bescherming van het auteursrecht beperkt tot die werken, die gericht zijn op communicatie met de mens (Op. cit. p. 98; zie ook H. en O. Axster, BB 1967, 611). In die zin ook Grosheide, *Prft.* p. 262 e.v.

³⁹ Hugenholtz, AMR Auteursrecht 1984, p. 91.

⁴⁰ 28 juli 1981, NJ 1982, 74; BIE 1983, nr. 97, Bartels/Koerhuis.

in 1981 blijkt door in de zaak Bartels/Koerhuis aan deskundigen de vraag te willen voorleggen of een litigieus programma oorspronkelijk en nieuw was en mitsdien een schepping in de zin van de auteurswet - welke laatste vraag overigens, zoals Verkade⁴¹ terecht opmerkt, aan de rechter is om te beslissen en niet aan een deskundige, die zich moet beperken tot de vaststelling of er alternatieven denkbaar zijn etc. Ook de Rechtbank 's Hertogenbosch⁴² gaat ervan uit dat het computer-programma dat het in de zaak HIC/BAS krijgt voorgelegd, van creativiteit in de zin van de auteurswet getuigt. In een ander vonnis leest men dat "het bepaald niet onwaarschijnlijk is dat de bodemrechter ... een computerprogramma ... met een voldoende oorspronkelijk karakter zal beschouwen als een werk van wetenschap in de zin van de Auteurswet 1912 ..." ⁴³.

In deze zin tevens de President van de Rechtbank Assen 10 jan. 1984⁴⁴; President Rechtbank Utrecht 10 mei 1982, impliciet⁴⁵; President Rechtbank Amsterdam 24 mrt 1983 ("Alhoewel het bepaald niet onwaarschijnlijk lijkt dat de bodemrechter een computerprogramma met een voldoende oorspronkelijk karakter zal beschermen als een werk van wetenschap in de zin der AW", behoort daar toch niet in kort geding op vooruit te worden gelopen⁴⁶).

Duitse Rechtspraak

Op 9 mei 1985 heeft het Bundesgerichtshof - als eerste cassatierechter in de wereld - in het arrest Inkasso-Programm de auteursrechtelijke beschermbaarheid en de mogelijkheid van oorspronkelijk gehalte van programma's bevestigd⁴⁷. Zoals uit de eerste reacties al blijkt zijn daarmee echter nog niet alle vraagtekens en moeilijkheden uit de weg geruimd; men vergelijk de artikelen van Schulze en Haberstumpf⁴⁸. Met betrekking tot het persoonlijk karakter is van belang, dat "die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit (...) ein deutliches Übertragen der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt. (...) Eine individuelle Eigenart kann auch durch die Be-, Um- und Einarbeitung vorbekannter Elemente und Formen erzielt werden."

Voor de vraag of een programma in deze zin schöpferische Gestaltungshöhe heeft, komt het, aldus het BGH, niet aan op de kwantitatieve omvang van het programma, noch op de bij de ontwikkeling aangewende moeite en kosten en ook niet op het feit dat verschillende programmeurs tot verschillende resultaten zouden komen.

⁴¹ Verkade, Programmatuur, p. 47.

⁴² Rechtbank 's Hertogenbosch 14 mei 1982, BIE 1983, 323.

⁴³ President Rechtbank Amsterdam 24 maart 1983, BIE 1983, 331, Apple/CAB II.

⁴⁴ BIE 1984, 238 SCIA/Koerhuis.

⁴⁵ BIE 1983, 328.

⁴⁶ BIE 1983, 331, Apple/CAB II.

⁴⁷ BGH 9 mei 1985, BB 1985, 1747 ev; WM 1985, 1235 ev.; GRUR 1985, 1041 ev; NJW 1986, 192 ev, Inkasso-Programm.

⁴⁸ Schulze, GRUR 1985, 997 ev; Haberstumpf, GRUR 1986, 222 ev.

Met zijn beslissing dat een deutliches berragen gegenüber dem allgemeinen Durch - schnittskönnen vereist is, wijkt het BGH af van een bijna algemene stellingname in de doctrine, dat elk niet geheel vanzelfsprekend programma aan de lage minimumdrempel van het auteursrecht voldoet⁴⁹.

Haberstumpf⁵⁰ verwijt het BGH daarmee een vermoeden van niet-beschermbaarheid van wetenschappelijke werken te hebben gintroduceerd, dat door niets wordt gerechtvaardigd. De beslissing wannéér van een "deutliches überra-gen" sprake is, zal de feitenrechter nog ongetwijfeld voor problemen stellen. Deze krijgt immers te maken met een criterium dat 'ergens' tussen de uitvindingshoogte van het octrooirecht en de originaliteit van het auteursrecht zweeft; dit kan de toch al gecompliceerde vraag van de programmatuurbescherming alleen nog maar ingewikkelder maken. Wij zullen ons daarom in het volgende niet wagen aan (bij voorbaat blinde) gissingen naar de bedoeling van het Bundesgerichtshof, maar streven naar een eenvoudige oplossing.

Franse rechtspraak

In 'assemblée plénière' bijeen heeft het Cour de Cassation op 7 maart 1986⁵¹ beslist dat ieder computerprogramma, zodra het maar origineel is en zonder dat daar overwegingen van esthetische aard aan verbonden mogen worden, door de Franse Auteurswet beschermd wordt. De Franse rechter houdt zich dus wijselijk aan de vertrouwde leest van het auteursrecht.

Chips

Terwijl het dispuut over software al enige tijd in bredere kring onderwerp van gesprek is, zijn de integrated circuits in Nederland nog het voorwerp van studie van een klein gezelschap. In dit gezelschap is niemand het met de anderen eens.

Vandenberghe⁵² komt, met toepassing van zijn criterium van gerichtheid op communicatie met de medemens, tot een negatieve conclusie ten aanzien van de toepassing van de Auteurswet. Hij beschouwt de bescherming van firmware zelfs als een uitwas, een absurd schijnende mogelijkheid die echter wel bewaarheid zal worden als niet reeds bij softwarebescherming de grenzen streng gestrokken worden. Hij zoekt steun in de Amerikaanse oplossing die de IC's niet onder de Auteurswet heeft getrokken maar een bescherming sui generis heeft gegeven, al ontgaat hem niet het politieke element dat ook een rol heeft gespeeld bij die eigen beschermingsvorm.

Vandenberghe's keuze is er niet een die gedaan wordt om de zuiverheid van de systematiek alleen. Hij motiveert zijn keuze met een mededingingsrechtelijk argument.

⁴⁹ Zie bijv. Ulmer/Kolle, GRUR INT 1982, 496, die aannemen dat slechts in kleine en zeer kleine programma's de oorspronkelijkheid mogelijk-erwijs niet aanwezig zou zijn. Dit merken zij aan als de heersende mening.

⁵⁰ Haberstumpf, GRUR 1986, 234.

⁵¹ Expertises 1986, 58; Computerrecht 1986 no 3, Atari/Valádon.

⁵² Vandenberghe, Prft. 98; BIE 1985, 54.

Auteursrechtelijke bescherming van programmatuur beschermt ook en vooral het tri - viale en dwingt tot nutteloze en contraproductieve investeringen om het "anders" te doen. Daarnaast voert hij een argument van algemene strekking aan. In beginsel moet nabootsing vrij zijn. Bewust heeft de wetgever van oudsher bescherming ontegd aan technologie zonder uitvindingswaarde. Met betrekking tot technische innovatie is een snelle verspreiding van hoog belang; die verspreiding wordt onnodig gehinderd door het scheppen van monopolies.

Verkade⁵³ meent dat het moeilijk is steekhoudende principiële redenen te vinden om aan geïntegreerde schakelingen auteursrechtelijke bescherming te onteggen, ervan uit - gaande dat ook hier een persoonlijk stempel van de auteur op zijn werk denkbaar is. Het bezwaar dat het auteursrecht zich aldus al te zeer in de industriële sfeer zou gaan be - wegen overtuigt hem niet; het oorspronkelijke ontwerp van een vrachtschip of een auto kan immers ook beschermd worden. De schrijver acht rechterlijke aarzeling om die stap te nemen echter niet ondenkbeeldig.

Minder kommer over de houding van de rechter heeft Hugenholtz⁵⁴ die overtuigd ijvert voor bescherming door het auteursrecht. De gevolgen van het verlenen van een monopolie, kapitaalsvernietiging en innovatie-afremmend effect worden naar zijn me - ning door Vandenberghen veel te zwaar ingeschat: waar één originele keuze beschermd wordt, blijven voor de concurrentie talloze mogelijkheden min één over. Ook het gevaar van een oeverloos uitdijen van het auteursrecht over het terrein van de techniek schrikt Hugenholtz niet af. Er gaan geen dingen mis, als het auteursrecht wordt toegepast op muziek en op auto-onderdelen.

Jurisprudentie over IC's is er nog maar amper. In een beslissing over een electro - nische print schaarde de President van de Rechtbank te Zwolle zich avant la lettre aan de kant van Verkade en Hugenholtz. De President verklaarde⁵⁵: "Anders dan Hokofarm heeft gesteld ben ik voorshands met Dacca van mening dat aan de print met componenten een zekere creatieve inbreng van de ontwerper daarvan niet kan worden ontegd. Het is een feit van algemene bekendheid dat in de electronica vele wegen naar Rome leiden waarbij de ene weg niet meer voor de hand ligt dan de andere en het derhalve wel gemakkelijk doch geenszins noodzakelijk is de door een andere ontwerper gekozen weg te volgen. (...) Op grond hiervan ben ik voorshands van oordeel dat aan de print met componenten, als een model van nijverheid, in beginsel auteursrechtelijke bescherming toekomt."

Vermoedelijk mag men wel de conclusie trekken, dat zij, die opteren voor auteurs - rechtelijke bescherming van software, die lijn ook doortrekken naar firmware en geïntegreerde circuits in het algemeen en dat zij die integendeel bescherming van software afwijzen dat a fortiori doen in het geval van chips.

⁵³ Programmatuur p. 40, BIE 1983, 301.

⁵⁴ Hugenholtz BIE 1985, 131.

⁵⁵ President Rechtbank Zwolle 22 juli 1983, 246, BIE 1983, 332 Dacca-Hokofarm, "Koezender".

Ook als men aanneemt dat een computerprogramma een eigen en oorspronkelijk karakter kan hebben, dan is daarmee nog niet de vraag beantwoord of ook auteursrecht van toepassing is. Daarvoor moet eerst beslist worden, of een programma niet als een puur wetenschappelijk idee moet worden aangemerkt. Wetenschappelijke vindingen, methoden, theorieën en concepten genieten immers op zichzelf geen bescherming van het auteursrecht⁵⁶.

Volgens de meerderheid van literatuur en rechtspraak nu is een computerprogramma gedeeltelijk aan te merken als een wetenschappelijke vondst. Voor een ander gedeelte echter ontbeert het dat wetenschappelijk en dus gemeenvrij karakter. Dit gedeelte kan wèl door auteursrecht beschermd worden. De vraag is nu waar de grens ligt tussen 'beschermbaar' en 'wetenschappelijk' gedeelte. Daartoe wordt onderscheid gemaakt tussen het algoritme en de uitwerking daarvan. Onder die uitwerking verstaat men dan de aanpassing van het algoritme aan de eisen van het gebruik en de mogelijkheden van de apparatuur. Velen omschrijven in dit verband ook het algoritme als de niet-beschermde inhoud en de wel beschermde uitwerking daarvan als de 'vormgeving' van het algoritme. Niettemin zullen wij zuinig zijn met de terminologie vorm-inhoud om ongelukkige misverstanden te vermijden. Wij zullen daarom - niet zonder tegenzin - maar volharder in het wat houderige onderscheid algoritme en uitwerking van het algoritme. Wij gaan dat onderscheid nu nauwkeuriger bekijken.

De kern van ieder computerprogramma wordt gevormd door een algoritme⁵⁷. Een algoritme is een werkwijze die in een aantal stappen of fases tot een bepaalde oplossing of resultaat voert⁵⁸; in die zin kan zowel een mathematische formule als een kookrecept een algoritme zijn⁵⁹. Het algoritme bepaalt niet alleen de wezenlijke structuur van het computerprogramma, maar het is vaak ook intellectueel de belangrijkste prestatie die in het programma belichaamd is⁶⁰. Het eigen en persoonlijk karakter dat de ontwerper aan het programma kan geven, is dan ook meestal in het algoritme het opvallendst belichaamd. Hoe zit het echter met het wetenschappelijk karakter van het algoritme?

Wetenschappelijk karakter van het algoritme

De grote meerderheid in de literatuur is het erover eens dat een algoritme als een puur wetenschappelijk concept moet worden aangemerkt en mitsdien niet beschermd kan worden. Voor Nederland noem ik Vandenberghe⁶¹, Verkade ("lucide, abstracte pro -

⁵⁶ Zie ook Pfeffer/Gerbrandy met verdere verwijzingen, p. 84; Van Ling, p. 44; Verkade/Spoor p. 49 en 114, aangaande de uitsluiting van wetenschap in het algemeen; voor de uitsluiting toegepast op programmatuur, zie hieronder p. 99 e.v.

⁵⁷ Haberstumpf, GRUR 1986, 224; Kolle, GRUR 1982, 445; Köhler p. 60 e.v.; etc.

⁵⁸ Hierover vooral duidelijk Haberstumpf GRUR 1986, 224.

⁵⁹ Vgl. bijvoorbeeld Hugenholtz, AMR 1984, 91.

⁶⁰ Haberstumpf, GRUR 1986, 224, r.k.; Schulze, GRUR 1985, 997 e.v. zie p. 1005; Brandi-Dohrn, GRUR 1985, 183 l.k.; Köhler, p.60.

⁶¹ Prft. p. 102.

grammeerideeën kunnen geen voorwerp van auteursrechtelijke bescherming zijn")⁶², Van Lingen⁶³, Tengbergen⁶⁴ en De Jong⁶⁵. Anders Hugenholtz, die stelt: "in het onspronkelijke karakter van de samenstelling en de structuur voor het algoritme zit het voornaamste aangrijpingspunt voor auteursrechtelijke bescherming."⁶⁶ De rechtspraak kan men, zo meen ik, zij aan zij met de hoofdstroming in de literatuur stellen. Ook zij onderkent in programma's een niet beschembaar algemeen-wetenschappelijk aspect, al zijn de vaststellingen daaromtrent niet altijd even gericht en ondubbelzinnig⁶⁷. Wij komen daar verderop op terug.

De stellingname in de meerderheid van de Nederlandse literatuur sluit aan bij de stemming in, met name, de Bondsrepubliek Duitsland Ook daar kiest een overweldigende meerderheid tegen bescherming van het algoritme als zodanig. Ik noem slecht Ulmer/Kolle⁶⁸, Brandi-Dohrn⁶⁹, GRUR-Denkschrift 1979⁷⁰ en daarnaast BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 en de interpretaties van dat arrest door Schulze⁷¹. Zie ook Wittmer, p. 135 en 86. Ook daar ziet men zeer weinigen die het algoritme zelf willen beschermen. Een sterk pleidooi om wel het algoritme te beschermen is echter recentelijk geleverd door Haberstumpf⁷². Ik herinner ook aan de Duitse en Zwitserse auteurs, die het programma überhaupt niet als wetenschappelijk werk in de zin van van de auteurswet willen zien: moet dit ook niet voeren tot ontzegging aan het algoritme van zijn kwaliteit als wetenschappelijk concept? Bezwaren tegen de kwalificatie als wetenschappelijk werk hebben Betten⁷³ die instemmend door Dietz wordt aangehaald in BIE 1983, 309, en Troller⁷⁴.

Laten wij met de meerderheid van de literatuur aannemen dat het algoritme als zodanig niet door het auteursrecht beschermd kan worden. Het algoritme mag dan de basis zijn van het programma, het is niet synoniem daarmee. Het programma belichaamt naast het algoritme nog andere elementen. Wij doelen op de uitwerking van het algoritme, de concretisering in programmeertaal, waarbij talrijke individuele keuzes door de ontwerper moeten worden gedaan. Indien deze elementen oorspronkelijk zijn en niet onder de uitzondering van wetenschappelijke concepten vallen, kunnen ze het fundament zijn van auteursrechtelijke bescherming. De bijzonderheid van het programma ligt dan in de *implementatie* van het algoritme als software⁷⁵.

⁶² Verkade, Programmatuur p. 44.

⁶³ P. 47.

⁶⁴ Informatie 1973, 220.

⁶⁵ Informatie 1981, 446.

⁶⁶ Hugenholtz, AMR 1984, 91.

⁶⁷ Vgl. Pres. Rb. Assen, 10 jan. 1984, BIE 1984, 238, SCIA/Koerhuis; Rb. 's Hertogenbosch 14 mei 1982, BIE 1983, 323; Pres. Rb. Utrecht 10 mrt 1982, BIE 1983, 328.

⁶⁸ GRUR 1982, 497 l.k.

⁶⁹ GRUR 1985, 180.

⁷⁰ GRUR 1979, 304.

⁷¹ GRUR 1985, p. 1000 r.k.

⁷² GRUR 1986, 222-235.

⁷³ Betten, Mitt. 1983, 66.

⁷⁴ Festschrift Roeber p. 148.

⁷⁵ Vgl. bijv. Schulze, GRUR 1985, p. 1003.

Hier doemen twee moeilijkheden op. Ten eerste moet de vraag gesteld worden, hoe het basialgoritme gescheiden moet worden van de 'uitwerking' daarvan. Ten tweede, of, zo het basialgoritme zelf al niet beschermd kan worden, de oorspronkelijkheid ervan medebepalend kan zijn voor het origineel karakter van de uitwerking ervan, zoals Ulmer en Kolle verdedigen⁷⁶.

Scheiding algoritme en 'uitwerking'

Het algoritme is niet meer dan een abstracte probleemoplossing in een aantal werkvoorschriften. Hoe die werkvoorschriften ook in concreto zó vorm te geven dat de computer ze uitvoert, is een nieuwe opgave die eigen probleemoplossingen vergt. Er bestaan voor die opgave geen vaststaande methoden. Het is geen kwestie van een blindelings omzetten van het algoritme in een binaire code. Ook hier zal de ontwerper eigen individuele keuzes moeten doen die resulteren in een creatie met een persoonlijk stempel. Bij de uitwerking van het algoritme zal hij moeten beslissen of hij bijvoorbeeld kiest voor een versie die meer geheugencapaciteit vergt maar daarentegen gebruiksvriendelijk is, of een die meer specialistische kennis bij het gebruik veronderstelt maar daarentegen economischer omspringt met het geheugen. Daarnaast moet hij de indigende organisatie van het programma ontwerpen⁷⁷. Zo kan iemand een programma analyseren, de essentiële idee eruit distilleren, en deze opnieuw uitwerken in een nieuw programma maar op een andere wijze; van inbreuk op het auteursrecht zou dan geen sprake zijn⁷⁸.

Ongetwijfeld valt in theorie het onderscheid tussen het pure algoritme en de uitwerking daarvan in de programmeringsfase te verdedigen. In de praktische toepassing van hetzelfde onderscheid doen zich echter niet te onderschatten moeilijkheden voor, zoals verschillende schrijvers naar voren brengen. Allereerst is het onderscheid tussen algoritme en uitwerking van dat algoritme tot een concreet programma niet van wezenlijke aard voorzover het de methode aangaat. Wittmer⁷⁹ wijst erop dat van de principiële gelijkheid van algoritme en programma kan worden uitgegaan, omdat de grondvoorwaarden (kort gezegd: machineleesbare werkhandeling) voor beide gelijk zijn. "Alle Kriterien, die für den Algorithmusbegriff massgeblich sind, kehren beim Begriff des Computerprogramms wieder", constateert Haberstumpf⁸⁰ en wijst het onderscheid dan ook consequent af. Verder waarschuwt dezelfde auteur ervoor, dat een onderscheid ook niet gemaakt kan worden door bijvoorbeeld te onderscheiden tussen algoritmen van algemener en gedetailleerder aard, en dan alleen de 'algemenere' algoritmen bescherming te ontzeggen. Wanneer is een algoritme dan gedetailleerd genoeg om beschermbaar te zijn⁸¹? Ook Brandi-Dohrn heeft erop gewezen dat de grenzen tussen algoritme en overige inhoudelijke aspecten van het programma vloeiend zijn⁸². Wittmer erkent

⁷⁶ Ulmer/Kolle, GRUR 1982, 498 e.v.

⁷⁷ Ulmer/Kolle, GRUR 1982, 494-495; Wittmer, p. 125-127.

⁷⁸ Verkade, Programmatuur, p. 44 met verwijzing naar Banzhaf; zie ook Ulmer/Kolle, 1982, 497.

⁷⁹ Wittmer, p. 43.

⁸⁰ GRUR 1986, 222 e.v., zie met name 224 en 225.

⁸¹ Haberstumpf, GRUR 1986, 231.

⁸² GRUR 1985, 183 I.k., sub bb.

eveneens de moeilijkheid van het afgrenzen van vrij en beschermd domein⁸³, zo ook Cherpillod⁸⁴. Voor wat betreft Nederland mag verwezen worden naar J. Woltring, die zich in dezelfde zin uitlaat⁸⁵. Het BGH heeft in zijn uitspraak van 9 mei 1985⁸⁶ de beschermbaarheid van het algoritme uitgesloten, maar heeft anderzijds bijvoorbeeld niet uitgesloten de auteursrechtelijke bescherming van een programma waarvan de oorspronkelijkheid in de 'generelle Problemlösung' ligt. Maar wat is de 'generelle Problemlösung' anders dan het algoritme? Schulze⁸⁷ constateert dan ook dat het 'zu - minst schwierig' kan worden, beide uit elkaar te houden.

Een bijzondere oplossing wordt aangedragen door Ulmer en Kolle⁸⁸. Ook zij erkennen weliswaar dat algoritmen geen beschermde werken zijn. Niettemin speelt het algoritme toch een rol, als het erom gaat de auteursrechtelijke bescherming van het programma te beoordelen: "Wie bereits dargestellt, gehen aber die algorithmische Lösungselemente unmittelbar in die konkrete Gestalt des Programms ein und sind infolgedessen mitbestimmend für das individuelle Gepräge des Programms. In ihrer konkreten Verschmelzung mit dem einzelnen Programm werden sie daher vom Urheberrechtsschutz miterfasst".

Deze theorie van Ulmer en Kolle verdient in ieder geval dit compliment, dat zij rechtstreeks op haar doel afgaat: bescherming van het concrete programma, vrijlating van het algemene algoritme - zonder zich daarbij te verstrikken in preciaire theoretische onderscheidingen. Zij laat bovendien ruimte, om realistischerwijze inderdaad dat element waarin de eigenlijke prestatie ligt, mede als fundament van de oorspronkelijkheid van het programma te beschouwen. Niettemin koester ik tegen deze opvatting enige bezwaren.

Allereerst is het een wonderlijk gegeven dat één aspect van het werk de basis is van het oorspronkelijk gehalte (namelijk het algoritme) en dat een ander aspect van het werk daaraan bescherming ontleent (namelijk het gehele programma inzonderheid de "uitwerking"). Dit is nergens anders zo in het auteursrecht. Ook bij wetenschappelijke werken is het weliswaar zo dat inhoudelijke structuur en verbale vormgeving verstrengeld zijn, maar een volstrekt banale vormgeving kan - de bescherming van geschriften zonder eigen karakter daargelaten - nooit auteursrechtelijke pretenties gronden op de wel originele structuur die door haar verwoord wordt. Wij komen hierop terug bij de bespreking van het plagiaatprobleem.

Ten tweede moet men zich afvragen wat het lot is van de eigen uitwerking door een derde, als de door de oorspronkelijke auteur ontworpen vrije algoritmen inderdaad 'unmittelbar in die konkrete Gestalt des Programms eingehen' en 'infolgedessen mitbestimmend für das individuelle Gepräge des Programms' zijn.

A neemt een onbeschermd algoritme van B over, en concretiseert dat in programma Pro. A. Maar de door B ontworpen algoritmen zijn medebepalend voor het individueel stempel van Pro A. Is Pro A nu een gemeenschappelijk werk? Niemand zal dit naar ik

⁸³ P. 139.

⁸⁴ Op. cit. p. 179.

⁸⁵ Woltring, Computerrecht 1986, p. 28.

⁸⁶ Zie noot 47 supra.

⁸⁷ GRUR 1985, 1001.

⁸⁸ GRUR 1982, 497.

aanneem verdedigen . Niettemin wordt de oorspronkelijkheid ervan gedeeltelijk of wie weet zelfs geheel bepaald door B's prestatie. In de analyse van Ulmer en Kolle wordt niet duidelijk, hoe zij deze paradox omzeilen willen. De auteurs mag echter worden toegegeven, dat het 'uitgraven' van een algoritme wel tot de onwaarschijnlijkheden zal behoren. Het bezwaar mag dan misschien meer theoretische dan praktische impact hebben, men kan niet tevoren uitsluiten dat het geval zich zal voordoen.

Praktische hanteerbaarheid der oplossingen

In de voorgaande analyse hebben wij ons vrij diepgaand beziggehouden met het probleem van de scheiding van niet beschermd algoritme en beschermde uitgewerkte programmering. Het resultaat is in twee termen samen te vatten: verdeeldheid der opvattingen en ingewikkeldheid der constructies. Met alle respect dat de soms ingenieuze oplossingen verdienen, mag men zich toch bij veel theses de vraag stellen of er rekening mee gehouden is dat rechters in een overladen praktijk deze criteria als instrument moeten hanteren. Als de specialisten al zuchten, hoe moet het dan met de jurist in het veld? Laten wij een korte inventarisatie opmaken van enkele Nederlandse vonnissen. Overigens speelt het probleem voor de Duitse rechtspraak evenzeer: ik mag daarvoor verwijzen naar de bijdragen van Haberstumpf⁸⁹ en Schulze⁹⁰.

Uit de onderzochte vonnissen blijkt globaal, dat men het probleem wel onderkend heeft, maar dat men het bij voorkeur met een algemene frase terzijde gesteld heeft - hetgeen, als ik mij dat mag laten ontvallen, getuigt van veel gezond verstand.

De President Rechtbank Assen⁹¹ beperkt zich tot de globale vaststelling dat het bij het bedoelde programma niet gaat om uitsluitend elementaire problemen, terwijl de oplossingen vaak origineel en vernuftig zijn. Bij dat beeld sluit aan, aldus de President, dat de voltooiing van het programma anderhalf à twee jaar inspanning van een hooggekwalficeerd ontwerper heeft geleverd. Het netelige probleem, of al die inspanning nu in het algoritme of in de vormgeving daarvan is gaan zitten, omzeilt de president; hij beperkt zich zelfs tot de summiere vaststelling dat het 'niet uitsluitend om elementaire problemen' gaat. Ik denk dat deze houding in de praktijk alleszins begrijpelijk en juist is, in elk geval in een kort geding, dat me voor een inbreukprocedure als deze wel een even noodzakelijke als eigenlijk ongeschikte procesgang lijkt. De geboden haast maakt het er in technisch ingewikkelde zaken niet eenvoudiger op⁹². De President Rechtbank Amsterdam besliste dan ook in zijn vonnis van 24 maart 1983⁹³ kortweg dat een kort geding zich niet leende voor een onderzoek naar de oorspronkelijkheid. De zaak werd verder beslist volgens de regels van het leerstuk der onrechtmatige daad. Mijn angst is echter groot, dat de vaststelling dat het 'niet uitsluitend om elementaire problemen' gaat, een ceremoniële formule wordt en dat de rechtspraak (met gezond verstand) ervan uit zal gaan dat een programma waaraan zó lang (bijvoorbeeld anderhalf à twee jaar) door een hooggekwalficeerd ontwerper is gewerkt, wel originele en vernuftige oplossingen

⁸⁹ GRUR 1986, met name p. 223/224.

⁹⁰ GRUR 1985, zie pp. 1002-1005.

⁹¹ Pres.Rb. Assen 10 januari 1984, BIE 1984, 238 KG 1984, 30, SCIA/Koerhuis.

⁹² Verkade, Programmatuur, p. 48.

⁹³ BIE 1985, 331.

zal bevatten, die door het auteursrecht worden beschermd. Deze methode zou mij ook niet tegenstaan, ware het niet dat zij weinig meer met auteursrecht te maken heeft.

Ook het op het eerste gezicht fraai gemotiveerde vonnis van de Rechtbank 's Hertogenbosch 14 mei 1982⁹⁴ levert bij nader inzien weinig informatie op over de scheiding tussen algoritme en vormgeving van dat algoritme. Wij lezen weliswaar in het vonnis dat het auteursrecht geen monopolie bevat op de in een computerprogramma besloten liggende know-how, maar dat dat niet impliceert dat het kopiëren van een (deel van) zo'n programma is toegestaan; ook stelt de Rechtbank vast dat in het programma creativiteit aanwezig is. Maar de Rechtbank geeft niet aan wáár die creativiteit in berust; en de in een programma besloten liggende know-how kan evengoed gerealiseerd zijn in de *uitwerking* van het algoritme als in het algoritme zelf; de algemene constatering dat het kopiëren van een programma niet is toegestaan, levert daaromtrent geen enkele indicatie op. In het eindvonnis concludeert de Rechtbank dat de programma's voor een essentieel gedeelte identiek zijn, niet dat de *uitwerking* of *vormgeving* van de programma's zulks is. Of moet men het vonnis bij welwillende interpretatie zo verstaan?

De President Rechtbank Utrecht laat in een ons inziens wat raadselachtige passage van een vonnis van 10 maart 1982⁹⁵ weten, dat het auteursrecht zich niet tot de in het programma neergelegde vindingen uitstrekt en in dat licht bezien een op ondergeschikte punten hanteren van eenzelfde tekst van minder belang lijkt. Waarschijnlijk is bedoeld dat de vorm van het programma auteursrechtelijk als een geheel moet worden beschouwd en dat het 'jatten' van eenzelfde tekst op ondergeschikte punten slechts de overname van een idee in dat programma betreft, en niet de vormconceptie als geheel. Een dergelijke interpretatie - indien juist - zou echter het oordeel van de President blootstellen aan kritiek. Het letterlijk overnemen van één bladzijde uit een roman kan immers ook al plagiaat opleveren, waarbij het feit of die bladzijde al dan niet van ondergeschikt belang is, er weinig toe schijnt te doen. Wil men daarentegen in het programma als geheel een karakteristieke vormgeving zien die door het auteursrecht wordt beschermd, dan ben ik bang dat alleen het algoritme het waarlijk karakteriserende voormelement van het programma in zijn totaliteit is.

Wat hier ook van zij, vast staat in ieder geval wèl, dat ook hier de President nauwelijks eenduidig heeft omschreven, hoe concreet inhoud moet worden gegeven aan het feit dat de vindingen in het programma niet beschermd zijn.

De scheiding tussen algoritme en uitwerking daarvan heeft een kunstmatig karakter

De scheiding tussen de algoritmische oplossing en de uitwerking daarvan in concreto is in de praktijk moeilijk gestalte te geven; volgens een deel van de doctrine bestaat ze in het geheel niet. Nochtans lijkt de tweedeling zo voor de hand te liggen! De reden daarvan is misschien, dat door de tweedeling veeleer de beide polen van het proces worden aangegeven dan twee exact te scheiden fasen van het proces. Het is waar dat de pro -

⁹⁴ BIE 1983, 323.

⁹⁵ Pres. Rb. Utrecht 10 maart 1982, BIE 1983, 328.

grammatuur zich zowel met de abstracte probleemoplossing moet bezighouden als met de concrete invulling daarvan: beide echter, de theoretische probleemoplossing en het daaraan gestalte geven in een concreet programma, krijgen vorm in algoritmes, in stapsgewijze procedures van oplossingselementen. Die procedures werken naar elkaar toe en verstrengelen zich met elkaar; er is dus geen abrupte en duidelijke grens, maar veeleer een vloeiende overgang.

Algoritme en uitwerking zijn dus noch naar wezen duidelijk onderscheiden (omdat beiden een algoritmische aard hebben), noch naar categorie, want beiden lopen vloeiend in elkaar over.

Gezien het feit dat het in beide gevallen gaat om algoritmes, is ook in het algemeen de vraag gerechtvaardigd of men wel het ene algoritme als wetenschappelijk concept en het andere als concrete vormgeving kan aanmerken. Beiden hebben immers gemeen dat ze in een aantal arbeidsfasen een mathematisch omschreven probleem oplossen; principieel is er dus géén onderscheid tussen het algoritme en de uitwerking ervan voor het concrete geval. Men kan dan beter alle algoritmische elementen over één kam scheren, zoals Haberstumpf⁹⁶ die voor bescherming pleit, of Dietz⁹⁷ die ze juist wil uitsluiten. Een dergelijke oplossing is in ieder geval consequent.

Laten wij een vergelijking trekken met een ander "programma", dit keer niet voor machines, maar voor mensen geconcipieerd. Een deskundige schrijft een overlevingscursus. In dit geschrift komt een eigen conceptie tot uitdrukking die talrijke algemene principes op medisch en klimatologisch gebied, wetten betreffende de stand van zon en sterren, kennis van de natuur e.d. in een handleiding vormgeeft. De vormgeving geschiedt op zodanige eigen wijze dat een handleiding om te overleven ontstaat. Dit levert een algoritme op. Het algoritme heeft een persoonlijk stempel, want de ontwerper heeft eigen keuzes gedaan uit de mogelijkheden die bestaan om de kandidaat-overlever voor te lichten. Het algoritme is van algemene aard: het geeft een grondconceptie die de conditie van het menselijk lichaam, de omringende natuur, enige eenvoudige hulpmiddelen en de daaruit ontspringende mogelijkheden in een op overleven gerichte, logische samenhang brengt. Het schrijft een minimum aan slaap, een minimum aan verschillende voedingsstoffen en aan water, een minimum aan hygiëne en dergelijke voor. Dit algemene algoritme moet echter nog worden toegespitst op de concrete situatie. Overleven op de toendra stelt andere eisen dan overleven in een tropisch oerwoud. De schrijver gaat de algemene procedure die hij heeft geformuleerd nu dus toepassen op de concrete situatie. Ook hierbij heeft hij eigen speelruimte: zelfs als twee overlevingsdeskundigen het volkomen eens zijn over het algemene concept, kunnen ze in de uitwerking nog belangrijk verschillen.

Passen wij de leer die voor computerprogrammatuur verdedigd wordt toe op het hierboven geschetste voorbeeld, dan zou het algemene algoritme niet beschermd zijn, maar de concrete toepassing ervan op overleven in de toendra wél. Dit stemt echter naar mijn mening niet overeen met de realiteit. Schrijf ik een boek 'overleven in de toendra' dan is de door het auteursrecht beschermde vormgeving beperkt tot het eigen woordgebruik, indeling en presentatie van de stof e.d.; zij (de beschermde vormgeving) kan

⁹⁶ GRUR 1986, 222e.v.

⁹⁷ BIE 1983, 310.

zich tenslotte ook uitstrekken over de eigen conceptie van overleven van de maker, voorzover die op niets anders steunt dan op zijn eigen ideeën en voorkeuren. (Bijvoorbeeld: de auteur stelt een selectie van zeven situaties samen, waarin hij de overlever het aanheffen van een lied adviseert om het moreel op peil te houden.) Maar als uit "overleven in de toendra" blijkt dat ik een bepaalde hoeveelheid van een bepaalde wortel nodig heb om zekere voedingsstoffen binnen te krijgen, is ook de concrete invulling van het algemene voorschrift niet beschermd. Ook niet als er sprake is van een persoonlijke keus, omdat hetzelfde effect nog op een andere manier bereikt kan worden.

Detailtering, "uitwerking" van een algoritme levert dus geen vormgeving van dat algoritme op. Er ontstaat slechts een nieuw arbeidsvoorschrift.

De fundamentele vergissing die, naar ik vrees, gemaakt wordt bij de beschermingsconstructie van programmatuur, is een gevolg van het woord "concretiseren" of "een eigen vorm geven".

Natuurlijk levert de uitwerking van het algemene algoritme in een bepaalde zin een "concretisering" op, in die zin namelijk dat het programma nu in een machine concreet kan worden gebruikt.

Deze concretisering is echter niet de "concrete vorm" die het auteursrecht op het oog heeft. Het auteursrecht doelt niet op de concrete toepassing van abstracte begrippen, maar op concrete vormen. De "uitwerking" van een algoritme houdt echter alleen maar een uitbreiding, een verfijning van het abstracte rekenmodel in, maar geen omzetting in een concrete vorm. Evenmin kan de vastlegging in object code worden aangemerkt als een concrete vormgeving zoals het auteursrecht die vraagt. De object code is immers slechts de notering van een abstract begrip, is in die zin slechts een verwijzing; abstracte begrippen hebben nu een keer geen concrete vorm.

Ook is er bij programmatuur geen sprake van concepties die uitsluitend zijn terug te voeren op de eigen conceptie van de maker: ze zijn immers altijd getoetst aan hun functionele taak. Dat wil zeggen dat méér dan de eigen conceptie van de maker, de functioneel bepaalde eisen beslissend zijn geweest.

De scheiding tussen algoritme en "uitwerking" is niet alleen vloeiend, maar zij is ook een vrij willekeurig begrip. Het algoritme wordt beschouwd als een wetenschappelijk concept. De grenzen van het begrip wetenschappelijk concept worden echter niet nader aangegeven. Slechts de "algemeenheid" van een algoritme is daarvoor de (vage) maatstaf. Maar algemeen is dat, wat algemeen geldend is: vanuit dat standpunt is ook de "uitwerking" algemeen. Ook de uitwerking verbindt immers een aantal uitgangspunten en een te bereiken resultaat volgens een ordening van logische stappen. Enige absolute afbakening valt dus niet te geven. Wel kan men algoritme en "uitwerking" relatief ten opzichte van elkaar afbakenen: het algoritme beweegt zich op algemener niveau dan de uitwerking ervan die op de concrete situatie is toegesneden. Het nadeel van deze relatieve maatstaf is dat men haar willekeurig omhoog en omlaag kan schuiven. Het is zelfs de vraag of men niet ook het algemene algoritme tot een concrete vormgeving zou kunnen promoveren van weer hoger gelegen logische principes. Er is dan, in de zin van Haberstumpf, geen sprake van wetenschappelijk domein.

Tegen deze redenering valt, naar het mij voorkomt, vanuit de tot nog toe verdedigde constructies, nauwelijks iets in te brengen. Het is zelfs de vraag of die stap zo ramp-

zalig zou zijn. Er is geen enkel praktisch belang bij, het algoritme vrij te houden, want ook nu voorziet men al dat de moeite en kosten van het uitpellen van het algoritme (reverse engineering) niet opwegen tegen het zelf ontwerpen van een nieuw program. Onder die condities kan men evengoed het algoritme zelf beschermen en het persoonlijk gehalte dáár bepalen, waar ook het zwaartepunt van het werk ligt, in datzelfde algoritme.

Het eigenlijke bezwaar tegen de bescherming van het algoritme zelf komt ook niet voort uit met auteursrecht samenhangende motieven: het schuilt in het gevaar, dat het van auteursrechtelijke bescherming van algoritmen tot auteursrechtelijke bescherming van octrooieerbare werkwijzen maar een heel kleine stap is. Deze stap is niettemin (te recht) te groot voor het geweten van de meerderheid van de doctrine.

Haberstumpf wil de angel uit het gevaar van inbreuk op de octrooirechtelijke soevereiniteit halen, door gebruik van het programma buiten het auteursrecht-monopolie te laten vallen. Maar daardoor wordt de bescherming van de programmatuur in sommige gevallen illusoir, met name in geval van bedrijfsmatige exploitatie van legaal verworven copieën⁹⁸.

Daarnaast heeft met name Troller erop gewezen⁹⁹ dat het beschermen van computer-programma's, indien men consequent is, zou moeten voeren tot bescherming van ieder origineel werk dat "Anweisungen", een handleiding voor de menselijke geest bevat, zoals boekhoud- of verkeersregelingssystemen. Troller wijst dit echter terecht, mijns inziens - af.

Tenslotte waarschuwt Dietz¹⁰⁰ in algemenere termen tegen een aan het auteursrecht toe te bedelen rol als "Auffangbecken" voor alle mogelijke te beschermen creatieve prestaties.

Conclusie

Het is niet eenvoudig een conclusie te formuleren aan het eind van een paragraaf, waarin zoveel verscheidenheid van opvattingen aan het licht is gekomen. Tenzij men die verscheidenheid zelf als slotsom wil presenteren.

Het debat over het persoonlijk karakter van de programmatuur is nog niet geëindigd. Dat geldt om te beginnen reeds voor de principiële kwestie, of programmatuur eigen karakter kan hebben. Alhoewel de bereidheid om die vraag positief te beantwoorden indrukwekkend groeit, is er nog steeds een aantal wetenschappers van niet te onderschatten reputatie, die ten deze nog reserves koesteren.

Maar ook in het kamp van hen die bereid zijn om programmatuur eigen en persoonlijk karakter toe te kennen, heerst gespletenheid. Wat moet men verstaan onder het eigen en persoonlijk karakter van programmatuur? Als er maar een persoonlijke keuze

⁹⁸ Zie p. 134.

⁹⁹ Troller, in: Festschrift Roeber, p. 420, 421.

¹⁰⁰ BIE 1983, 310.

uit de mogelijkheden is gedaan, zegt de meerderheid. Dit duidt op een lage drempel, al zal ook nog wel discussie mogelijk zijn over de vraag hoe laag precies. Als er maar sprake is van een *deutliches überragen*, zegt het Bundesgerichtshof. Dit is een hoge drempel. Weliswaar staat het Bundesgerichtshof daar veeleer alleen mee, maar men kan het gewicht van zijn beslissingen nu ook weer niet afdoen als een *quantité négligeable*, óók niet als de hoogste Franse rechter er anders over denkt.

Nog ingewikkelder wordt het, ook voor de voorstanders van het eigen en persoonlijk karakter, als de uitsluiting van wetenschappelijke concepten een rol gaat spelen juist ten aanzien van dat aspect van de programmatuur, waar het persoonlijk stempel van de maker (zoal mogelijk) het sterkst tot uitdrukking komt: het centrale algoritme.

En dan bestaat er nog onzekerheid over de kwestie, of chips en software in auteursrechtelijk opzicht gelijkgeschakeld mogen worden of niet.

In deze kwesties kan meer helderheid gebracht worden door een onderzoek naar de eigenlijke aard van het oorspronkelijkheidscriterium. De vaagheid van dat begrip is immers in wezen de splijtzwam die de kiem van alle verdeeldheid in zich bergt. Wij zullen ons daaraan wijden in deel II van deze studie. Vooreerst zullen wij de resultaten van de voorgaande onderzoeken vergelijken met die, waartoe toepassing van de theorie van het subjectief werk voert.

B. TOEPASSING VAN DE THEORIE VAN HET SUBJECTIEF WERK OP PROGRAMMATUUR

Inleiding

Het wordt tijd om de toepassing te bezien van het in deze studie ontwikkelde criterium van het subjectieve werk. Dit criterium gaat uit van de formule die in het arrest Van Gelder/Van Rijn, HR 28 juni 1946, NJ 712 is ontwikkeld: alleen de vormgeving die uiting is van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, geniet bescherming van het auteursrecht. Wij verbonden hieraan de stelling, dat bij technische scheppingen het niet de vormgeving is die de maker beweegt, maar de te vervullen functie. Dit wordt duidelijk bij de controle die de maker uitoefent: toetst hij het resultaat uitsluitend aan zijn eigen subjectieve norm, dan is er sprake van een subjectief werk. Kijkt hij daarentegen of het voortbrengsel inderdaad naar tevredenheid functioneert, dan toetst hij aan een objectieve norm. Dan is er sprake van een technisch werk. Toetst hij alleen *aspecten* van het werk aan hun functioneren, dan zijn alleen die *aspecten* technisch. Hieruit bleek tevens dat de uitsluiting van het technisch aspect direct samenhangt met de eis van eigen en persoonlijk karakter: wat naar objectieve en dus onpersoonlijke maatstaven getoetst wordt, kan geen subjectief persoonlijk karakter worden toegedicht.

Programmatuur als objectief bepaald voortbrengsel

Kern van het computerprogramma is het algoritme, de abstracte probleemoplossing. Zoals wij zagen, zijn slechts weinigen geneigd aan het algoritme eigen en persoonlijk karakter te ontzeggen¹⁰¹. Van diegenen, die wel persoonlijk karakter aannemen, willen de meesten echter aan het algoritme niettemin de auteursrechtelijke bescherming ontzeggen, en wel omdat het om een wetenschappelijk concept zou gaan. Hoe zit het nu met het eigen en persoonlijk karakter, beoordeeld naar het criterium van het subjectief werk? Het algoritme is zeker het resultaat van belangrijke geestelijke inspanningen van de maker, waarbij hij individuele keuzes heeft gedaan uit de verschillende mogelijkheden die zich voordeden om het probleem tot een oplossing te brengen. Maar de ontwerper toetst het algoritme niet aan zijn eigen opvattingen en ideeën, maar aan zijn betrouwbaarheid en zijn functioneren in de praktijk. In die zin is het algoritme geen *uiting* van wat de maker heeft bewogen: immers de maker zal de "vorm" veranderen als die niet blijkt te functioneren. Het mag dan een voortbrengsel van hemzelf zijn, het is geen uiting van hemzelf. Een eigen uiting is alleen aan subjectieve controle onderworpen; in dit geval wordt echter een objectieve controle ingeroepen. Daaraan doet niets af dat programmeren een "esthetic experience much like composing poetry or music" kan zijn

¹⁰¹ Vgl. Troller, Kummer, Betten, Dietz en, in veel gevallen, Von Gamm. Vgl. met name ook Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, nos. 303-307.

en dat men het resultaat ervan met esthetisch gekleurde termen als 'elegant' kan roemen¹⁰².

Uitwerking van het algoritme: open vorm?

Zoals wij gezien hebben scheidt een brede trend in de literatuur tussen algoritme en uitwerking van het algoritme. Het algoritme is een wetenschappelijk concept, dus onbeschermd; de uitwerking daarvan is, als zij persoonlijk karakter heeft, wel beschermd.

Zo zou men ook bij toepassing van ons criterium geneigd kunnen zijn, te onderscheiden tussen het algoritme, dat als zodanig objectief is, en de concrete vormgeving in het programma, waardoor de programmeur een subjectief element inbrengt. Dit doet denken aan de bij de modellen van nijverheid besproken open vormen. Een vork, zo stelden wij, moet aan een aantal technische voorwaarden voldoen (een steel en tanden), maar verder is men vrij in de vormgeving. De vrije vormgeving kan door het auteursrecht beschermd zijn. Is de 'uitwerking' van het algoritme nu vergelijkbaar met die vrije vormgeving?

Terzijde: indien men deze these aanhangt moet bedacht worden, dat de belangrijkste prestatie vaak juist in het algoritme schuilt, dat nu echter onbeschermd blijft, terwijl de uitwerking beschermd wordt. Wij zullen daar nader op ingaan bij 'plagiat'.

Met betrekking tot de bovengestelde vraag nu, of de 'uitwerking' van het algoritme vergelijkbaar is met de 'vrije vormgeving': De vormgeving van de vork is een zaak van de fantasie van de auteur. Hij controleert of de vorm hem bevalt. Die vorm behoeft niet aan een objectieve maatstaf te voldoen, ja er bestaat zelfs geen objectieve maatstaf voor. De controle is uitsluitend subjectief.

De vormgeving van het algoritme in een programma moet wèl aan objectieve maatstaven voldoen. De 'uitwerking' moet het algoritme voorkauwen voor de machine. Het objectief criterium is, of de machine 'begrijpt'. De subjectieve smaak van de programmeur speelt een ondergeschikte rol. De vorm van het algoritme is dus, in tegenstelling tot die van de vork, gebonden. Men kan daar echter tegen in brengen dat er geen sprake is van een absolute gebondenheid, maar integendeel slechts van een paar randvoorwaarden, zo groot blijft de denkbare verscheidenheid van oplossingen. Wij zullen daar nu nader op ingaan.

Uitwerking; individueel stempel door keuze

Men kan stellen dat de 'uitwerking' van het algoritme een eigen en persoonlijk karakter verwerft doordat de ontwerper talrijke keuzemogelijkheden in inrichting en constructie zijn gelaten. Dit is een ander argument dan het hierboven reeds aangestipte. Bij

¹⁰² D.E. Knuth, respectievelijk Prof. Dr. E.G. Dijkstra als geciteerd door Jan van der Pool in "Software en het recht" (Brief, NRC Handelsblad 2 januari 1985). Het feit dat programmatuur eenzelfde esthetische impressie als kunst weet op te roepen, zegt immers niets over de vraag of zij in het licht van de Auteurswet wezensgelijk is met 'originale scheppingen'. Ook dáárvoor is immers irrelevant de esthetische indruk die zij al of niet achterlaten.

een open vorm (boven uiteengezet) berust de vrijheid en de vormgeving in een kwalitatief aspect: zij is namelijk door de fantasie van de maker en niet door de noodzaak, een functie te vervullen, bepaald. Beroept men zich daarentegen op de veelheid van keuzes, die mogelijk is, dan is er eerder sprake van een kwantitatieve vrijheid. Iedere keuze moet immers aan enkele technische voorwaarden voldoen. Desniettemin heeft de ontwerper ruimte voor verschillende uitwerkingen.

Niettemin noopt toepassing van het subjectief criterium ook nu niet tot auteursrechtelijke bescherming. De Hoge Raad stelde in 1946 als norm dat de vormgeving uiting moest zijn van wat de maker tot zijn arbeid had bewogen. De maker van een programma echter stelt ook als hij meerdere keuzes heeft, niet die vormgeving voorop die uiting van zijn innerlijke drijfveer is, maar de vormgeving die drijfveer voor de machine kan zijn. Zwijgt de machine, dan verandert het ontwerp.

Misschien zal men tegenwerpen dat het dan in dit geval juist de vervulling van de functie is, die de maker tot zijn arbeid heeft bewogen. Mij lijkt evenwel dat de uitspraak van de Hoge Raad in het licht van het persoonlijkheidsvereiste moet worden begrepen, zoals het woord "uiting" ook doet blijken. Een uiting is iets wat zich aan objectieve en logische controle onttrekt, aan iedere controle buiten de maker om: zij wordt niet getoetst aan de buitenwereld maar aan de binnenwereld. Dat maakt haar persoonlijk. In zoverre is een voortbrengsel, dat bedoeld is een functie te vervullen, geen uiting van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen.

Opnieuw kan men daartegenin brengen dat het toch denkbaar is dat zich twee technische oplossingen van een ontwerper voordoen, die volmaakt gelijkwaardig zijn. Niettemin zal hij een keuze moeten treffen; die keuze wordt uitsluitend door subjectieve motieven bepaald. Objectief is er immers gelijkwaardigheid. Weliswaar krijgt daardoor het persoonlijk karakter een secundaire rang, maar de keuze zelf is immers persoonlijk van aard. Men heeft dan de vraag op haar uiterste spits gedreven: niet het werk is persoonlijk, maar wel de keuze. In hoeverre beschermt het auteursrecht iets dat niet als werk, maar wel als keuze persoonlijk karakter heeft?

Alvorens te antwoorden doet men er goed aan te realiseren, dat indien men iedere menselijke creatie waarin een keuze ligt besloten, auteursrechtelijk wil gaan beschermen, dijk- en wolkbreuk een auteursrechtelijke zondvloed kunnen veroorzaken. Als zulks evenwel in de natuur van het auteursrecht besloten ligt, dan moet de jurist het erkennen en aanvaarden, en op tijd zijn deltaplannen smeden.

Aan zulk een alarmerend antwoord komen wij echter hier niet toe. Ook dit kan men motiveren vanuit de woorden van de Hoge Raad en hun samenhang met het persoonlijkheidsvereiste.

De Hoge Raad heeft het over de *vormgeving* die uiting is enz. Dat wat men als keuze bestempelt, is nu - het woord geeft het zelf al aan - niet een kwestie van vormgeving, maar een selectie uit vormgevingen die in de fantasie, in proefmodellen of als mogelijkheden al vorm hebben gekregen. Op het moment dat men van een keuze kan spreken, is het eigenlijke vormgevingsproces al achter de rug: het al dan niet persoonlijke karakter is dan al bepaald. De vormgeving zelf moet echter subjectief zijn, niet de keuze tussen reeds voltooide vormen. Men kan het (nog) anders stellen. In de term "uiting" zit behalve een persoonlijk aspect, ook een intentioneel moment: de *bedoeling* dat het werk een persoonlijke boodschap of vormgeving vertale. Die bedoeling is, vaak ook onbewust,

bij zeer veel gevallen van vormgeving en misschien wel bij iedere vormgeving van de omringende natuur aanwezig, *behalve* als een utilitair doel die bedoeling vervangt. De keuzes, zelfs persoonlijke, die een technisch doel dienen, brengen geen werk tot stand met eigen en persoonlijk karakter.

De 'persoonlijke keuze' betreft niet het innerlijke van het werk; het is een element van de opbouw, maar heeft niets te maken met wat de maker tot zijn arbeid beweegt.

Toepassing van het subjectief criterium brengt dus mee, dat oorspronkelijkheid in de zin van de Auteurswet ontzegd moet worden aan de 'logische constructie' van computerprogrammatuur.

Gerichtheid op communicatie met de mens

Bij de constatering van de niet-oorspronkelijkheid van programmatuur moet mij van het hart hoezeer Vandenberghe met zijn criterium "gerichtheid op communicatie met de mens" (zie noot 38) de eerste stap tot dezelfde conclusie heeft gezet. Vandenberghe heeft verdedigd dat computerprogrammatuur weliswaar origineel kan zijn in de zin van het auteursrecht, maar dat auteursrechtelijke bescherming niettemin onwenselijk is, onder meer omdat zij de innovatie zou afremmen. Hij heeft daarom als afscheidingscriterium voorgesteld, dat alleen die voortbrengselen die communicatie met de mens beogen auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn.

Niettemin meen ik dat Vandenberghe het probleem van de verkeerde zijde heeft aangepakt: hij had niet moeten beperken tot communicatie met de mens, maar juist moeten *uitsluiten* wat *niet* was communicatie met de mens. Want dat was ook zijn achterliggende gedachte: techniek bannen uit het auteursrecht. *Niet* gericht op communicatie met de mens is dat wat aantoonbaar "communicatie met de natuur beoogt", techniek dus. Dit is gemakkelijker vast te stellen dan een criterium dat zich bezighoudt met communicatie met de mens. Beoogt een dagboek in geheimschrift communicatie met de mens? Beoogde Demosthenes toen hij tot de zee sprak communicatie met de mens? Neen, maar toch staat vast dat genoemde prestaties auteursrechtelijk beschermd zijn¹⁰³. Deze tegenspraak wordt vermeden als men de technische aanwendingsmogelijkheid als criterium neemt voor wat uitgesloten is van auteursrecht.

"Communicatie met de natuur" wordt beoogd door al wat objectief bepaald of puur functioneel is. Is iets niet puur functioneel, dan kan het beschermd worden: de concrete invulling van de open vorm van modellen van nijverheid bijvoorbeeld.

"Communicatie met de natuur" wil dan evenveel zeggen als puur functioneel of als niet-oorspronkelijk. Het criterium van Vandenberghe is dus slechts in schijn een nieuwe weg. In feite sluit het dicht aan bij de aloude ruggegraat van het auteursrecht, zij het dat het in de huidige formulering van "gerichtheid" niet omvat het voortbrengsel dat niet gericht is op communicatie met de medemens, maar wel geschikt daartoe. Naar mijn mening ten onrechte. De heidenpriester die in Nepal een afgodsbeeld snijdt dat

¹⁰³ Vgl., met weer andere voorbeelden, Verkade/Spoor, par. 42, p. 54.

bedoeld is om in een dichtgemetselde tombe een urn te bewaken, maakt niets dat gericht is op communicatie met de mens. Maar als een Japanse antropologische expeditie het steelt en er foto's van publiceert of er afgietsels van schenkt aan de grote musea, kan de auteur zich wel zeker op zijn rechten beroepen.

Bescherming van computersoftware analoog aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter

Computersoftware is dus volgens de leer van het subjectief bepaalde werk niet oorspronkelijk in de zin van de Auteurswet. Men kan er niettemin moeilijk zijn ogen voor sluiten dat de behoefte aan bescherming dringend is en de voorkeur voor auteurs - rechtelijke bescherming markant, ja zelfs overweldigend. De vraag is of de software nu nog via een achterdeur kan worden binnengesmokkeld in de Auteurswet.

De Nederlandse wet kent zo'n achterdeur en wel in de vorm van de bescherming van "alle" geschriften in artikel 10, hetgeen inhoudt dat ook geschriften zonder persoonlijk karakter tegen ontlening beschermd worden. Biedt deze bepaling een mogelijkheid om ook software te beschermen¹⁰⁴? Internationaal is het weliswaar aanvaard dat ook geschriften met een zeer gering oorspronkelijk karakter zoals adresboeken beschermd kunnen worden¹⁰⁵, maar bescherming van geschriften zonder zelfs de geringste letterkundige of wetenschappelijke waarde (zoals dienstregelingen) is een Nederlands unicum. Dat unicum schijnt expresselijk door de wetgever gewild, in aansluiting op het onder de vroegere wetgeving bestaande "Kopijrecht" dat tegen het nadrukken van drukwerken bescherming verleende¹⁰⁶ en de Hoge Raad heeft de bepaling steeds in overeenstemming met de aan de wetgever toegeschreven bedoeling uitgelegd. Dit laatste niet tot ieders tevredenheid, want menigeen is de overtuiging toegedaan, dat de bescherming van de onpersoonlijke geschriften¹⁰⁷ niet past in de Auteurswet terwijl de tekst van de wet ruimte biedt om deze zeer brede bescherming "weg te interpreteren". Men kan immers ook ervan uitgaan dat "alle andere geschriften" staat mede onder het voorbehoud van het slot van artikel 10: "en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, enz."¹⁰⁸.

Het is deze uitzonderingspositie van de Nederlandse wet en rechtspraak, door de doctrine ook vaak buitengewoon ongastvrij bejegend, die maakt dat men de bepalingen omtrent de bescherming van "alle" geschriften met grote omzichtigheid moet toepassen. Dit verleent met name kleur aan het argument van Verkade, dat de rechter de neiging kan voelen de ruime geschriftenbescherming te beperken tot rechtstreekse ontlening aan

¹⁰⁴ Door hen die aannemen dat software wel een persoonlijk werk kan opleveren, wordt de bijzondere regeling voor geschriften zonder eigen karakter wel ingeroepen als een extra (comfortabele) bescherming voor makers van programmatuur: vgl. Hugenholtz, AMR 1985, 32-33.

¹⁰⁵ Pfeffer/Gerbrandy, p. 56.

¹⁰⁶ HR 27 jan. 1961, NJ 1962, 355 met noot HB, AA X, 179 met noot Hirsch Ballin, Radioprogramma's II.

¹⁰⁷ De Beaufort p. 72-78; Hirsch Ballin AA XV, 348-350; Pfeffer/Gerbrandy p. 56, p. 60; A.G. Langemeijer bij HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 met noot DJV; Verkade, Programmatuur, p. 40.

¹⁰⁸ Pfeffer/Gerbrandy, p. 56/57.

geschriften in de beperkte zin van het spraakgebruik¹⁰⁹, hetgeen tot gevolg zal hebben dat de object code buiten de boot valt.

Daar kan nog een argument aan worden toegevoegd. Er zijn fundamentele verschillen tussen onpersoonlijke geschriften en computersoftware. Bij geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter verkrijgt men een recht dat voortvloeit uit fixatie¹¹⁰ dat in feite de bescherming van op schrift gestelde gegevens behelst¹¹¹. Het recht waar de software-ingenieur aanspraak op maakt vloeit wel degelijk voort uit creatie, al is er dan sprake van inventieve en niet van oorspronkelijke creatie. Het behelst ook niet de bescherming van gegevens, maar van een intellectueel voortbrengsel.

Het is niet zonder bedoeling dat ik deze verschillen behandel alvorens in te gaan op de, misschien nog belangrijker, *overeenkomst* die bestaat tussen software en geschriften zonder persoonlijk karakter. Volstrekte gelijkschakeling van software met de categorie van geschriften zonder persoonlijk karakter zou wel eens eerder een benauwd corset kunnen blijken dan een werkelijke oplossing. Ik denk alleen al aan het feit, dat de Hoge Raad in Radioprogramma's III¹¹² heeft overwogen dat de vraag of en op welke wijze de op oorspronkelijke werken toegespitste voorschriften van de Auteurswet op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter moeten worden toegepast, bij gebreke van een algemene regeling daaromtrent in de wet, ten aanzien van elk dezer voor- schriften afzonderlijk naar de strekking daarvan moet worden beantwoord. Bij de beslissing is het alleen maar een opluchting dat niet ook nog opgelet hoeft te worden dat het gevonden antwoord gelijkelijk recht doet aan twee geheel verschillende figuren die samen in één span "zonder eigen karakter" worden samengebracht.

Bij alle verschillen moet men de analogieën niet uit het oog verliezen. Het gaat immers in beide gevallen om fenomenen die persoonlijk karakter ontberen, zij het om verschillende redenen. Het gaat om fenomenen waarbij vorm en inhoud niet te scheiden zijn. Het gaat tenslotte om een verdedigbare beloning en juridisch economische bescherming van de inspanningen van de maker. En als de bescherming van het geschrift zonder eigen of persoonlijk karakter driekwart eeuw ruwe zee op de golven der wetenschap heeft doorstaan, dan kan de overlevingskans van de programma- tuurbescherming, die immers wel gastvrij is binnengehaald in het auteursrecht, niet geringer zijn.

Op deze gronden, gecombineerd met de ernstige behoefte die er bestaat aan een juridische oplossing van het softwareprobleem en met de impliciete of expliciete wens van velen om dat via de auteurswet te doen, opteer ik voor bescherming niet *onder*, maar analoog *aan* de figuur van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 juni 1965 NJ 1966, 116 vastgesteld dat geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter alleen beschermd zijn tegen ontlening.

¹⁰⁹ Verkade, Programmatuur, p. 40.

¹¹⁰ Hirsch Ballin, nt. in AA XV, 348.

¹¹¹ Van Lingen, p. 49.

¹¹² HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116, AA XV, 345.

Dit is ook waar de softwarepraktijk het meeste behoefte aan heeft. De ontleningseis zou echter gepaard moeten gaan met een omkering van de bewijslast, in die zin, dat in het geval van sterk op elkaar lijkende programma's degenen die het programma het laatste heeft uitgebracht aannemelijk moet maken, dat hij niet ontleend heeft. Dit is ook in overeenstemming met het systeem van boek V B.W. (artt. 1902, 1903 jo 1952 BW).

Dat de Hoge Raad de opvatting huldigt dat de toepasselijkheid van de bepalingen van de Auteurswet op geschriften zonder eigen karakter, afzonderlijk naar de strekking van die bepalingen moet worden beantwoord, hebben wij al gezien. Ten aanzien van software lijkt een analoge stellingname een verstandige weg. Zoals in deel II van deze studie zal blijken, zijn veel bepalingen uit de Auteurswet, de software niet op het lijf geschreven.

In de Radioprogramma-arresten heeft de Hoge Raad voor de bescherming van geschriften zonder eigen karakter de eis gesteld dat deze bedoeld zijn om openbaar gemaakt te worden.

De conclusie van dit onderdeel is dat quasi-auteursrechtelijke bescherming van software, analoog aan de regeling voor geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, een beschermingsmogelijkheid is die serieuze overweging verdient.

Bescherming van chips analoog aan de bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter

Wil men auteursrechtelijke bescherming voor chips, dan pleiten opnieuw de argumenten die wij zoëven in verband met software bezagen, voor een bescherming analoog aan die, die geschriften zonder persoonlijk karakter genieten. Als voordeel moet gelden dat ten aanzien van deze geschriften de Hoge Raad geoordeeld heeft dat toepasselijkheid van de voorschriften der Auteurswet afzonderlijk en naar de strekking van die voorschriften te beoordelen zijn¹¹³. Een dergelijke vrijheid kan zich misschien nog als uitermate heilzaam bewijzen. Een ander voordeel is dat de een of de ander die de deur wil openen voor de auteursrechtelijke bescherming van software, misschien wel vindt dat men zich erg ver heeft gewaagd op het gebied van de industriële toepassingen wanneer ook de ic's binnenglippen, nu daar geen principieel "nee" meer over valt uit te spreken. Misschien is hij ook huiveriger dan Hugenholtz om de horden der techniek zich te zien vestigen op de terp van het auteursrecht¹¹⁴. In dat geval weet hij, dat een expliciete wetsbepaling die software en chips analoog beschermt aan geschriften zonder persoonlijk karakter, de poorten achter de chips ook weer hermetisch sluit, terwijl de nieuwe gasten misschien weliswaar een vreemd technisch luchtje blijft aankleven, maar zij daarom dan ook een apart statuut genieten, zodat hun introductie geen scheuren hoeft te drijven in de fundamenteën van het auteursrecht.

¹¹³ HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116; AA XV 345, Radioprogramma III.

¹¹⁴ Hugenholtz zegt in BIE 1985, 132 geen bezwaar te hebben tegen een "alomvattend" auteursrecht (dat wil zeggen een auteursrecht dat ook techniek omvat).

Vatten wij de resultaten van dit hoofdstuk samen in het licht van ons onderwerp, dan signaleren wij de volgende hoofdlijnen.

Bepaalt men het object van het auteursrecht aan de hand van de theorie van het subjectieve werk, dan moet computerprogrammatuur daarbuiten vallen. Computerprogrammatuur is naar haar aard een nuttig oftewel technisch voortbrengsel. Weliswaar bestaat voor de ontwerper ruimte voor het maken van eigen keuzes, maar die keuzes zijn nog steeds mede onderworpen aan de objectieve toets of zij tot een oplossing voeren die inderdaad *functioneert*. En dat wil zeggen dat we niet te maken hebben met een vormgeving die uiting is van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen: zo'n uiting wordt immers naar haar aard *uitsluitend* aan de subjectieve controle van de maker onderworpen.

Men kan nu opschrikken en zulk een uitkomst verwerpen, aanvoerend dat zij indruist tegen een urgente en vrijwel unanieme internationale ontwikkeling. Maar als men onze conclusie voor onverteerbaar houdt, is er slechts één alternatief: eindelijk de focus vinden die scherp en eenduidig zichtbaar maakt wanneer en in welk opzicht programmatuur wél een oorspronkelijk werk oplevert. En dit belooft een buitengewoon netelige onderneming te worden, want alle scherpzinnigheid van de beschouwingen ten spijt lijkt de discussie over de status van programmatuur als 'oorspronkelijk werk' soms in een Babylonische spraakverwarring te onttaarden. De kluwen van de polemieken wordt alsmäär ingewikkelder en het lijkt er niet op dat de knoop spoedig ontward zal worden. Wij constateerden dat reeds op p. 107. Het is de vraag of men in die omstandigheden niet de remedie van de zachte heelmeeester opzij mag zetten en mag beginnen met een voor de patient pijnlijke vaststelling, namelijk dat de zo begeerde kuur van het auteursrecht eigenlijk niet voor een kwaal van deze aard berekend is. Die constatering zal echter het gunstige effect hebben dat men vanaf dat moment vrij is om de remedie in een aan het geval aangepaste vorm toe te passen. Dit wordt mede ons onderwerp in het volgende deel van deze studie.

Met dit vierde hoofdstuk sluiten wij ook Deel I van onze studie af. In dit deel hebben wij ons strikt beperkt tot de vraag, wat een oorspronkelijk werk is en wat een technische prestatie, en waar de scheidslijn moet worden getrokken als wij in één voortbrengsel zowel trekken van oorspronkelijkheid als technische eigenschappen aantreffen. De leer van het subjectieve recht heeft zich daarbij aangediend als een bruikbare maatstaf (Hoofdstuk I). Zij verklaart waarom de uitsluiting van de techniek niet hoeft in te houden, dat ieder technisch voorwerp geheel van auteursrechtelijke bescherming is uitgesloten. Het is immers alleen het technisch *aspect* van vormen dat niet vatbaar moet worden geacht voor bescherming door het auteursrecht. Dezelfde leer waarborgt een helder en hanteerbaar criterium dat parallel loopt met de uitsluiting van het technisch effect in de BTMW; dit bezagen wij in hoofdstuk II. Hoofdstuk III toonde aan dat de uitwerking van de theorie van het subjectief werk ten aanzien van andere categorieën objectief werk die geen technisch stempel dragen geheel in de lijn van de geijkte traditie ligt en niet tot onwenselijke resultaten voert. Met behulp van de

subjectieve leer vermag men hier een zekere stroomlijning in de uitkomsten van de doctrine en jurisprudentie aan te brengen. En wat de Gordiaanse knoop van het programmatuurvraagstuk betreft: wij hebben die zojuist vastberaden doormidden gehakt, maar wij hopen in het volgende aan te tonen dat net zó ruimte kan worden geschapen voor inzichtelijke oplossingen.

DEEL II

SYMPTOMEN VAN DE THEORIE VAN HET SUBJECTIEF WERK IN DE AUTEURSWET

In deel I van deze studie hebben wij verdedigd, dat het oorspronkelijkheidsvereiste zelf met zich mee brengt dat voor de bescherming van technische prestaties geen plaats is in het auteursrecht.

Wij menen immers dat het eigen en persoonlijk karakter pas tot stand komt doordat de maker een subjectieve toets aanlegt bij de beoordeling van zijn werk: het gaat hem niet om het oordeel of het werk functioneert, maar uitsluitend om het oordeel of het hem 'bevalt'. Dit noemden wij de theorie van het subjectieve werk. Vervolgens hebben wij deze theorie aan de hand van voorbeelden van 'technisch werk' toegelicht en nader verdedigd.

Een apart auteursrechtelijk regime, dat de techniek categorisch uitsluit en exclusief gereserveerd blijft voor 'subjectieve' scheppingen, is pas gerechtvaardigd als de aard van die subjectieve scheppingen dat ook eist. Aangetoond moet worden dat de bijzondere regeling van het auteursrecht niet alleen maar toevallig of door een persoonlijke voorkeur van schrijver dezes beperkt geacht moet worden tot subjectief werk. De regeling moet een eigen karakteristieke samenhang hebben wier physionomie bepaald wordt door het 'oorspronkelijkheids-DNA'. Pas als wij kunnen aantonen dat de Auteurswet als het ware geïmpregneerd is door het oorspronkelijkheidscriterium zal toepassing van de theorie van het subjectieve werk enige zin hebben. Anders hebben wij niet meer dan een academisch onderscheid getraceerd: onze theorie is dan hard maar hol.

Als de Auteurswet als geheel in wezen blijkt te zijn afgestemd op subjectief werk, dan moet inderdaad de conclusie zijn dat technische prestaties van bescherming door die wet zijn uitgesloten. Dit mag teleurstellend zijn voor de ontwerper van het technisch aspect van een model - wij komen daar verderop op terug -, tot een ernstiger dilemma zal het vermoedelijk in de sfeer van de programmatuur leiden.

Het zou bepaald een drastische ingreep zijn, bescherming van programmatuur door het auteursrecht categorisch uit te sluiten juist op het moment dat de praktijk van het rechtsleven daarin veel voordelen meent te ontdekken en, wat meer is, bewijst er ook mee te kunnen werken. Bovendien heeft de ontwikkeling naar acceptatie van het au -

teursrecht in dit veld zich inmiddels vrijwel wereldwijd voltrokken. Een wetenschappelijke benadering in de goede zin van het woord vraagt dan om zich niet te verschansen achter een dogmatische veroordeling. Integendeel: als de nieuwe oplossing inderdaad praktisch is moet getracht worden, haar vanuit de verworven theoretische inzichten een innerlijk coherente structuur te verschaffen en haar gebreken te voorzien en te verhelpen. Een dergelijk pragmatisme kan moeilijk shockerend worden genoemd in een land dat al van oudsher juridische bescherming in de vorm van auteursrecht verleent aan een categorie werken die per definitie niet aan de oorspronkelijkheidseis voldoet: de geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Ook hier heeft met name de Hoge Raad zich niet achter een leerstellige veroordeling verschanst - hoe goed dat ook te verdedigen zou zijn geweest - maar de auteursrechtbescherming erkend onder de gelijktijdige waarschuwing dat het bijzondere karakter van de werken in kwestie aangepaste, eigen oplossingen zou vergen. De wetgever kan niet bedoeld hebben, zo oordeelde de Hoge Raad, dat ook die voorschriften der wet, welke op het oorspronkelijke karakter der beschermde werken berusten, zonder meer mede toepasselijk zouden zijn op werken welke dat karakter niet bezitten¹. Wichers Hoeth is in zijn annotatie in de feestbundel voor Wijckerheld Bisdom dieper hierop ingegaan². Een dergelijke aangepaste strategie komt mij niet minder aangewezen voor bij computer-programmatuur. Onze analyse brengt meen ik enerzijds aan het licht dat programmatuur geen eigenlijk origineel werk is. Zij zal anderzijds het denken vergemakkelijken over de bijzondere toepassing die software e.a. van het auteursrecht zullen vergen.

Als wij ons vanaf nu concentreren op de vraag of de programmatuur en daarbij het technisch aspect van modellen van nijverheid naar de tweede plaats verdringen, is dat geen kwestie van opportunisme. De kwestie van de auteursrechtelijke bescherming van het technische aspect van modellen staat immers enigszins in de schaduw van de uitsluiting van het technisch effect in de BTMW. Als inderdaad, zoals wij verdedigd hebben, het technische effect van modellen ten enenmale is uitgesloten van modellenbescherming, dan zal het auteursrecht toch niet geroepen zijn om de wegvallende modelbescherming op te vullen! Anders ligt dat als men meent dat het technisch effect niet principieel van modelbescherming is uitgesloten. Dan mag ook de auteursrechtelijke mogelijkheid nog in overweging genomen worden. Weliswaar is de maatschappelijke roep om bescherming van het technisch effect van modellen minder overweldigend dan bij programmatuur, maar als men de poorten opent voor de technische merites van programmatuur is er geen houdbare reden om de modellen te discrimineren.

Allereerst is dus onze taak aan de hand van bepalingen in de Auteurswet aan te geven, dat deze specifiek zijn toegesneden op subjectief werk. Dit ter bevestiging van de theorie van het subjectieve werk. Hand in hand daarmee willen wij bezien, hoe de toepassing van die bepalingen op programmatuur als niet-subjectief werk verloopt³. Waar nodig zullen wij remedies zoeken.

¹ HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116.

² 2000 weken rechtspraak, feestbundel voor C.R.C. Wijckerheld Bisdom, p. 93-94.

³ De problematiek van de toepassing van de bepalingen van de Auteurswet op programmatuur wordt wel eens als tweede- generatieproblematiek aangeduid. Dit is niet juist als men daarmee wil zeggen dat deze moeilijkheden bij de eerste onderzoekers niet aan de orde zijn gekomen. Veeleer is het de tweede stap in een gedachtengang: als programmatuur oorspronkelijk is, hoe passen wij dan de Auteurswet toe.

De specifieke bepalingen die wij zoeken hechten zich aan twee belangrijke karakteristieken van het subjectief werk. Vooreerst wordt van een subjectief werk niet meer dan de waarneembare of waarneembaar te maken vorm beschermd, en kan met de bescherming van uitsluitend dat uiterlijk ook genoeg worden genomen. Als dat juist is, moeten in de Auteurswet aanwijzingen te vinden zijn dat die wet inderdaad 'verknocht' is met specifiek het *uiterlijk* van het werk. Dit zullen wij in Hoofdstuk V onderzoeken. Daarbij zal met name het verschil met het octrooirechtelijk criterium van het *wezen der zaak* voor het voetlicht worden gehaald. Als men de nadruk legt op het *wezen der zaak* impliceert dat immers juist dat enige distantie mag worden genomen van de concrete vorm en dat het gaat om de gedachte die daarachter schuilt. Een technische vondst kan immers veelal in verschillende uiterlijke vormen gestalte krijgen.

Een andere karakteristiek van subjectief werk is de sterk persoonsgebonden aard ervan. Puur subjectief werk wordt immers volstrekt door de smaak van de auteur bepaald, terwijl objectief werk ook extern getoetst wordt op zijn werking en betrouwbaarheid, ook al heeft de ontwerper eigen keuzes gemaakt. Wij zullen dus nagaan of de Auteurswet bepalingen bevat, die de persoon van de maker en de band met diens werk 'heiligen' in een mate die specifiek is aangepast aan de wel zeer persoonlijke relatie met subjectief werk. Dit is het onderwerp van Hoofdstuk VI: in hoeverre is auteursrecht verknocht met de persoon van de maker. Overigens wordt in deze karakteristieken al transparant in welke bekisting de technische 'verstekeling' aan boord komt. Zelfs immers als duidelijk is dat het concrete uiterlijk waarin de technische vondst wordt gegoten niet hetzelfde is als het 'wezen der zaak', zo kan het toch soms lastig worden datzelfde 'wezen' onder te brengen in een vorm die uiterlijk belangrijk afwijkt. Soms zal dat zoveel inspanning vragen dat het commercieel niet meer lonend is. In die gevallen kan men dus, praktisch gesproken, ook voor techniek met bescherming van de uiterlijke vorm toe.

En wat onze tweede karakteristiek aangaat, wij zullen bevinden dat ook de technicus 'persoonlijke relaties' met zijn werk kan hebben, ook zonder dat zijn werk eigen en persoonlijk karakter heeft in de zin van het auteursrecht. Alleen bij nadere beschouwing blijken die qua aard belangrijk te verschillen van de relatie van de auteur met zijn oorspronkelijke schepping.

Ondanks die verschillen in geaardheid willen wij pogen auteursrecht en techniek te verzoenen. Misschien dat de operatie waartoe wij willen overgaan de ware auteursrechttheoreticus innerlijk verscheurt. Het auteursrecht, eertijds een op maat gesneden tuniek voor scheppingen met eigen en persoonlijk karakter, moet terug naar de juridische paskamer om weer tevoorschijn te komen als een grote eenheidshansop waarin velen zich gelukkig voelen. Anderen zullen er echter op wijzen dat juist die wat flodderige werkplunje door de juridische snijder beter geplooid kan worden naar de eigenheden van werk van diverse pluimage. Zo bezien, bouwen wij verder aan een pluriform 'auteursrecht op maat' in de geest van Grosheide. Het is zeker dat dit een heftige uitdaging voor het auteursrecht is in een episode waarin het gehele domein van de intellectuele eigendom expandeert in betekenis, in diversiteit, in problematiek.

HOOFDSTUK V

VERKNOCHTHEID VAN HET AUTEURSRECHT MET HET UITERLIJK VAN HET WERK

Om uit te maken in hoeverre de bescherming van het auteursrecht inderdaad specifiek gericht is op subjectief werk, zullen wij trachten een relatie te leggen tussen de vormbescherming door het auteursrecht en de theorie van het subjectief werk. Wij zullen met name onderzoeken in hoeverre de twee centrale bevoegdheden van de auteur, het openbaarmaken en het verveelvoudigen, specifiek zijn toegesneden op de bescherming van het uiterlijk van subjectief werk.

A. OPENBAAR MAKEN

Het begrip openbaar maken in de wet is complex¹. De handelingen die onder het begrip worden samengebracht verschillen onderling sterk. Verkade/Spoor onderscheiden vier categorieën van openbaar maken: het doen verschijnen (voor de eerste keer), het verbreiden van een niet in druk verschenen werk, het verspreiden van exemplaren en het in het openbaar ten gehore brengen of vertonen.

Ondanks deze complexiteit heet het kernbegrip openbaar maken helder en duidelijk te zijn. Dat is althans de mening van de wetgever van 1912, die daarin wordt bijgevallen door Van Lingen. "Het woord geeft zijn natuurlijk begrip duidelijk aan", schreef de Memorie van Toelichting². Van Lingen is eveneens van mening dat de normale betekenis 'nauwelijks toelichting' behoeft³. Zelf zou ik mij daarachter willen scharen. De wet geeft in artikel 12 lid 1 sub 1 en 3 voorbeelden van het natuurlijk begrip van openbaar maken. Sub 1 wordt de openbaarmaking van verveelvoudigingen (exemplaren) van het geheel of een gedeelte van een werk genoemd. Sub 3 wordt de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar aangehaald. Dit zijn inderdaad de handelingen die in het dagelijkse leven onder het openbaar maken van een roman, een schilderij, een muziekstuk e.a. worden verstaan. Deze constatering is voor het navolgende van belang, omdat zij aantonen dat de wetgever niet van een steriel juridisch begrip van openbaar maken is uitgegaan, maar van een woord dat inderdaad aansluit op het dagelijkse taalgebruik. "Openbaar maken" omvat een aantal handelingen die gemeen hebben dat het werk op de een of andere manier ter kennis van het publiek wordt gebracht", zo stellen Verkade/Spoor⁴. Deze algemene omschrijving omvat dus *alle* vormen van openbaar maken, niet alleen het kernbegrip. Maar ook deze karakteristiek van het hele conglomeraat van de vier juridische openbaarmakingsvormen sluit nog dicht aan bij het algemeen spraakgebruik. Van Dale⁵ geeft als definitie van 'openbaar maken': het algemeen-bekend-maken, het richtbaar-maken, publicatie.

Wij mogen de gevolgtrekking maken dat het begrip openbaar maken tamelijk nauw aansluit op de betekenis in het algemeen taalgebruik. Valt deze conclusie ook overeen met te houden als het begrip wordt toegepast op technisch werk?

Het op de markt brengen van technisch werk wordt in het dagelijks taalgebruik niet als openbaarmaking gekwalificeerd. Men heeft het over het uitbrengen, het lanceren, het in het verkeer brengen of het op de markt brengen van een nieuw produkt of een nieuwe techniek, maar niet over het openbaar maken daarvan. Naar mijn mening is dit ook terecht: het uitbrengen van een technisch produkt is immers niet in de eerste plaats een kwestie van ter kennis brengen van het publiek (ter informatie), maar van ter be-

¹ Aldus onder meer De Beaufort, p. 117; Gerbrandy, p. 91, 3e al.; Van Lingen, p. 71; Verkade/Spoor, par. 83, p. 105.

² Memorie van Toelichting p. 11, als geciteerd bij Pfeffer /Gerbrandy p. 90.

³ Van Lingen, p. 64.

⁴ Par. 83, p. 105.

⁵ Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 11e druk 1984.

schikking stellen (tot gebruik). Anders zou dit liggen bij een publicatie over een nieuwe techniek, maar daar hebben wij het nu niet over.

Het op de markt brengen van een technisch produkt past dus, nog altijd naar spraakgebruik, niet onder het begrip openbaar maken. De vraag is intussen of het naar juridisch taalgebruik niet anders ligt. Immers het verspreiden van exemplaren levert een openbaarmaking op; als dit voor boeken geldt, waarom dan niet voor computer-programmatuur? Het antwoord moet luiden, dat het verspreiden van exemplaren van boeken (of grammofoonplaten of videobanden) alleen dáárom een openbaarmaking oplevert, omdat het een wijze is van ter kennis brengen van het publiek. Indien men stelt dat iemand openbaar maakt omdat hij exemplaren verspreidt, spant men het paard achter de wagen. Dan zou bij wijze van spreken de ijscoman ijsjes openbaar maken.

Het verspreiden van exemplaren levert, zo meen ik, alleen in een specifiek geval openbaarmaking op: namelijk, indien iets ter kennis van het publiek wordt gebracht. Dit is bij technisch werk niet het geval. De verkoop van het exemplaar is slechts erop gericht dat de koper het zich ten nutte maakt, en beoogt niet iets te zijner kennis te brengen.

Onze slotsom is dat het openbaarmakingsbegrip niet is toegesneden op niet-subjectief werk. Dit alles neemt niet weg dat men door het verspreiden van exemplaren van een computerprogramma als openbaarmaking te karakteriseren, datzelfde programma kan inbedden in het auteursrechtelijke systeem van juridische bescherming. In feite gaat het dan om een ondergeschoven kind, maar een technisch denkende voogd zal het om het even oordelen of er een boek of een softwareprogramma wordt vervreemd: in beide gevallen zal hij het als een openbaarmaking aanmerken. Ook kan hij aanvoeren dat in het verleden al eens eerder weeskinderen in het tehuis van het auteursrecht zijn ontvangen die daar toentertijd lang geen vanzelfsprekende aanspraak op onderdak hadden. Hij kan wijzen op het draaiorgelboek dat zulke treffende gelijkenis vertoont met de ponskaarten voor de latere computer, en dat voor de wetgever van 1912 (mede) aanleiding was voor het inlassen van artikel 14. Wij wijzen die ruimhartigheid niet a priori af, maar wijzen er wel op dat het ook in artikel 14 nog altijd gaat om een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen of te vertonen (in de oude tekst van artikel 14: om "rollen, platen en andere voorwerpen, bestemd om het geheel of een gedeelte van het werk langs mechanische weg ten gehore te brengen")⁶, met andere woorden om subjectief werk dat ter kennis van het publiek kan worden gebracht. Anders is dat met programmatuur. Zij is ècht een ondergeschoven kind.

In hoeverre leveren de nukken van het openbaarmakingsbegrip in zijn toepassing op technisch werk nu een argument op voor de leer van het subjectieve werk?

In de Inleiding hebben wij gezien dat het subjectief werk uitsluitend naar uiterlijke vorm beschermd wordt. De uiterlijke vorm is ook het enige dat de waarde ervan uitmaakt; had de vorm daarnaast enig nuttig effect, dan was ze immers voor dat gedeelte objectief bepaald en daarmee al geen (uitsluitend) subjectief werk meer. Inzichtelijk wordt nu waarom de Auteurswet kan volstaan met een uitsluitend recht van openbaar maken voor de maker. De enige manier waarop men een uiterlijke vormgeving aan de man kan brengen is door openbaarmaking, hetzij in stoffelijke exemplaren hetzij onstof-

⁶ Artikel 14 werd gewijzigd bij wet van 27 oktober 1972, Stb. 1972, 589.

felijk door uitvoering of voorstelling. Het openbaarmakingsbegrip in de Auteurswet is dus wel degelijk bewust en nauwkeurig op subjectief werk toegesneden.

Nu men het erover eens is dat men programmatuur auteursrechtelijk wil beschermen en nu de vraag of het vervreemden van een exemplaar misschien geen openbaarmaking oplevert bij mijn weten zelfs nooit gesteld is, verzet de bescheidenheid zich ertegen om onze interpretatie van het openbaarmakingsbegrip in stelling te brengen tegen de toepassing van auteursrecht op programmatuur. Dit temeer waar het toch materieel zowel voor technische als voor oorspronkelijke voortbrengselen om dezelfde handeling gaat: het vervreemden van een stoffelijk exemplaar waarin het werk is belichaamd. De praktische toepassing van het openbaarmakingsbegrip op programmatuur kan vlekkeloos verlopen en functioneert ook in de praktijk. Het gaat er slechts om te constateren, dat de Auteurswet in aanleg op andersoortig werk gericht is geweest. Hiermee komen wij toe aan ons volgende onderwerp: het verveelvoudigen.

Inleiding

Wij stelden ons in de Inleiding van dit deel II de vraag, of in de regeling van het auteursrecht indicaties kunnen worden aangetroffen die pleiten voor de subjectieve leer. Zulke indicaties stelden wij, zijn met name aanwezig in bepalingen die uitsluitend de uiterlijke verschijningsvorm van een werk tot object hebben. Het is immers die blote uiterlijke verschijningsvorm die de eigenlijke waarde van het subjectief werk uitmaakt; dit in tegenstelling tot technische prestaties, waar het uiterlijk van secundair belang is en waar het om het 'wezen der zaak' draait. Ziehier de kern van de problematiek die wij onder het hoofd 'verveelvoudigen' aan de orde gaan stellen.

Ook het begrip verveelvoudigen is, gelijk openbaar maken, weer meerkoppig. Verkade/Spoor⁷ onderscheiden tussen enerzijds het vervaardigen van één of meer stof-felijke exemplaren waarin het werk is vastgelegd en anderzijds het vertalen, bewerken of anderszins in gewijzigde vorm namaken van het onstoffelijke werk. Of er sprake is van een verveelvoudiging in de zin van het vervaardigen van één of meer stoffelijke exemplaren laat zich ten aanzien van technische prestaties net zo vaststellen als ten aanzien van subjectief werk; men kan hier dus niet spreken over een regel die evident op subjectief werk alleen doelt.

Anders ligt dat als het erom gaat vast te stellen of er sprake is van een bewerking of van plagiaat. Hier scherpt de vraag zich toe: moet alleen maar aan de hand van het waarneembare uiterlijk beslist worden of mag ook het achterliggende 'wezen', de clou van de technische prestatie aan bod komen? Dit is van belang voor die gevallen, waarbij de wezenlijke technische prestatie kan worden overgenomen onder een althans uiterlijk belangrijk gewijzigde gedaante. Naar uiterlijk is er dan geen verveelvoudiging, naar wezen wel.

Plagiaat: criterium afgestemd op de uiterlijke vorm

Artikel 13 Auteurswet brengt onder het begrip verveelvoudigen de bewerking of nabootsing van een auteursrechtelijk beschermd werk. Bewerkingen die geen nieuw, oorspronkelijk werk opleveren, zijn verboden verveelvoudigingen. Wanneer moet nu iets als een te verbieden bewerking worden aangemerkt en welke criteria legt het auteursrecht daarvoor aan?

Auteursrecht berust op datgene, waarin hetgeen de maker beweegt zich uiterlijk manifesteert⁸; bij een bewerking moet het dus gaan om een verveelvoudiging naar de vorm, die uiterlijk gelijkenis vertoont.

⁷ Par. 87, p. 108.

⁸ HR 28 juni 1946, NJ 712; Pfeffer/Gerbrandy p. 51; Van Lingen p. 43 e.v.; Wichers Hoeth p. 146.

In zijn aan het probleem van literair plagiaat gewijde analyse in *Ars Aequi* stelt Verkade⁹, dat het aantal nagevolgde elementen en de mate van gedetailleerdheid van de navolging de elementen van de beslissing zijn. Er kan geen twijfel over bestaan dat dit een puur vormgericht criterium is: het *aantal* nagevolgde elementen en de *mate* van hun gedetailleerdheid zijn bij uitstek uiterlijke kenmerken.

Maar ook waar het bijvoorbeeld de overname van programmatuur betreft wordt be-slissend geacht of er *uiterlijke* overeenstemming bestaat. Waar het auteursrecht vindingen en techniek niet beschermt, zo stelt Verkade¹⁰, moet de navolging plaatsvinden ten aanzien van de *vormgeving* die een persoonlijk stempel draagt. Wij hebben er boven al op gewezen dat dit vormcriterium principieel afwijkt van het criterium dat in het octrooirecht de beschermingsomvang bepaalt. Daar komt het aan op "dat, waarin naar het wezen der zaak de geotrooieerde uitvinding bestaat"¹¹. Ook het in 1979 in GRUR gepubliceerde 'Denkschrift'¹² wijst hierop: "Der Patentschutz ist seinem Wesen nach grundsätzlich formunabhängiger Ideenschutz ... (tegenover) ... formgebundene Softwareprodukte, zu deren Schutz das Urheberrecht berufen ist." Wij zullen nu nader onderzoeken tot welke resultaten het vormgebonden plagiaatcriterium bij programmatuur voert.

Programmatuur

Wie inderdaad consequent het vormgevingscriterium hanteert bij de vraag of er sprake is van softwareplagiaat kan niet verweten worden dat hij de integriteit van het auteursrechteligen plagiaatbegrip aantast. Huldigt men echter het vormgevingscriterium, dan aanvaardt men daarmee ook dat degeen die de programmeeridee overneemt maar het geheel in een nieuw (uiterlijk) jasje steekt, gevrijwaard wordt van auteursrechtelijke acties van de kant van de maker. Dit wordt door de voorstanders van de auteursrechtelijke bescherming ook erkend en op de koop toe genomen. Zo voert Verkade¹³ aan: "Het doet wellicht paradoxaal aan dat juist het (meest) essentiële van een programmeer-opgave respectievelijk -vinding buiten de scope van de auteursrechtelijke bescherming valt; men dient echter te bedenken dat het zo gemakkelijk verworven auteursrecht gedachten, ideeën, wetenschap e.d. op zichzelf tolvrij wil laten."

Drie argumenten laten zich hieruit distilleren: de beschermingsomvang van de auteursrechtelijke bescherming wordt uitsluitend door uiterlijke aspecten bepaald; meer zou ook niet kunnen, want de bindende idee achter de uiterlijke aspecten is geen onderwerp van auteursrecht; de programmeurs hebben ook geen reden tot klagen, als men bedenkt dat de bescherming door het auteursrecht op zeer eenvoudige wijze wordt verworven.

Niet altijd wordt de beperking die de aard van het auteursrecht aan de beschermingsomvang oplegt zo rechtstreeks onder woorden gebracht! Soms lijkt het dat het

⁹ Literatuur en Plagiaat, *Ars Aequi* 1984, 672.

¹⁰ Programmatuur p. 47.

¹¹ HR 20 juni 1930, NJ 1930, 1217, nt. P.S.

¹² GRUR 1979, zie p. 306 l.k.

¹³ Programmatuur, p. 44, met verwijzing naar Banzhaf.

bloed kruipt waar het niet gaan kan en dan worden formuleringen gewrocht die gemakkelijk op een dwaalspoor kunnen leiden. Er zij verwezen naar de definities van Ulmer en Kolle¹⁴ en van Köhler¹⁵. Ulmer en Kolle spreken over een plagiaat opleverende bewerking als het programma "in *wesentlichen Zügen* wiederkehrt" (cursief AQ), Köhler acht "Unwesentliche Änderungen unter Beibehaltung der wesentlichen Programmstruktur" niet voldoende om het verwijt van plagiaat te ontwijken. Indien men zo de nadruk legt op overeenstemming in *wezen*, waar moet dat 'wezen' dan anders in schuilen dan in de technische structuur, het *wezen der zaak*? Het woord *wezenlijk* duidt nu juist aan dat men zich *niet* door het afwijkende uiterlijk moet laten leiden, maar door de bindende gedachte die achter de overgenomen vorm heeft gezeten.

Naarmate het eenvoudiger is om de uiterlijke aspecten van een programma te veranderen, zal de neiging groter worden om toch toevlucht te zoeken bij een criterium dat toestaat om de *wezenlijke* overeenstemming te peilen. Wij hebben op p. 92 al geconstateerd, dat men van mening verschilt over de vraag hoe moeilijk of gemakkelijk zo'n gedaanteverwisseling is. Betten meent dat een kind de was kan doen. Wittmer daarentegen ziet niet veel namakers aan het karwei beginnen.

Het is niet mogelijk dit dispuut te beslissen, zolang niet klaarheid is geschapen over de vraag hoe 'vorm' en 'inhoud' van het computerprogramma moeten worden gescheiden. De vraag is echter nauwelijks eenduidig te beantwoorden. Beide gaan immers vloeiend in elkaar over. Er zal dus ongetwijfeld verschil van inzicht over mogelijk zijn wat de kern van het programma is die ongewijzigd mag worden overgenomen en welke elementen de overnemer van vorm moet veranderen. Naarmate men de vrij overneembare kern van het programma enger interpreteert, wordt de taak voor de overnemer zwaarder; hij moet dan steeds meer eigen inspanning investeren¹⁶.

Hoe dies ook zij, *als* Betten inderdaad gelijk heeft en het een simpele ingreep is om een bepaalde routine althans uiterlijk volkomen te veranderen, dan mag men zich niet op een vormcriterium alléén vastleggen als men zich niet voor de gek wil laten houden.

Op saillante manier wordt dit bijvoorbeeld geïllustreerd door het vonnis van de Rechtbank 's Hertogenbosch 14 mei 1982, BIE 1983, 323, inzake HIC/BAS. In dit vonnis is naast het aantal nagevolgde elementen vooral ook het belang daarvan gewogen. Dit belang nu is alleen maar te meten naar de *wezenlijke* inhoud van die elementen. Beperkt men zich *puur* tot het uiterlijk van het programma, dan mag men eigenlijk alleen maar reeksen enen en nullen zien met het onbevangen oog van een nietprogrammeur, die geen onderscheid kan maken of in die reeksen een ingewikkeld

¹⁴ GRUR Int 1982, 497.

¹⁵ Op. cit. p. 85.

¹⁶ De *wezenlijke* onmacht om een technische scheidslijn te trekken tussen inhoud en vorm komt aan het licht als de rechter een procespartij die een extreem eigengereide interpretatie van die begrippen geeft niet afstraft met ijzeren argumentaties, maar met het verwijt een spelletje te spelen. Dat treft men aan in de uitspraak van een Amerikaanse rechter inzake *Midway v. Bandai-America* (Midway Mfg. Co. v. Bandai-America 546 F Supp. 125, 216 USPQ 812, CCH 25, 530 p 18109 at 18127 (U.S. D.C. N.J., 1982, zoals geciteerd door Vandenbergh in COMPUTERRECHT 1986 no 4) aangaande videogames: (Bandai's position) assumes, sub silentio, that the idea of Midway's Galaxian game actually includes the physical characteristics of the characters involved. If such reasoning were accepted, a copyright defendant could always avoid liability merely by describing a plaintiff's work in great detail and then labeling that description the "idea" of plaintiff's work. The "idea" of any work could always be defined in such detail that the description of the expression would add nothing to the "idea" thus allowing a defendant to engage in all but verbatim copying. Such a play can not be allowed".

of een eenvoudig, een belangrijk of een onbelangrijk probleem wordt afgehandeld. De Rechtbank echter stelt dat er sprake is van inbreuk op auteursrecht "waaraan in casu niet wordt afgedaan door het gegeven dat slechts een gedeeltelijke overeenkomst tussen beide programma's bestaat, daar juist het overeenstemmende gedeelte kan worden aangemerkt als een wezenlijk en essentieel gedeelte van beide programma's." Wat echter wezenlijk en essentieel is in een programma, is niet uit de vormgeving sec af te leiden. Daarvoor moet een beroep worden gedaan op inzicht, technisch inzicht. Het inzicht dat het wezen der zaak betreft is echter naar gangbare opvattingen met name *niet* aanvaard als auteursrechtelijk criterium, en dat moet ook niet.

De toepassing van het auteursrechtelijke plagiaatcriterium op programmatuur is dus niet a priori uitgesloten, maar verloopt ook niet geheel wrijvingsloos.

Met betrekking tot chips doet zich nog een extra complicatie voor. Hun nieuwe naam 'topografieën' (van halfgeleiders) ontleen zij aan het feit dat zij er onder de microscoop bekeken uitzien als een maquette van een hoogbouwcomplex. Chips hebben dus als apparaat al een eigen individuele vorm. Maar de in hun opgeslagen programmatuur heeft dat ook. Het plagiaatbegrip van de Auteurswet krijgt dus te maken met één voortbrengsel dat tegelijkertijd in twee uiterlijke vormgevingen verschijnt. Problemen hoeft dat niet op te leveren, nu het in de praktijk toch alleen maar om de bescherming van de in de chip belichaamde programmatuur gaat. Er valt echter opnieuw een argument uit te distilleren dat de Auteurswet in aanleg niet voor technisch werk bedoeld is geweest. Daartoe vergelijken wij het antwoord van respectievelijk de Octrooi- en de Auteurswet op het chipdilemma. De Octrooiwet, waarvan het jachtinstinct is getraind op het 'wezen der zaak' grijpt de prooi onmiddellijk aan op de juiste plaats: bij de programmatuur. Het blote instinct van de Auteurswet, afgericht op uiterlijke vormgeving, ziet zich gesteld voor één zaak die twee uiterlijke vormgevingen herbergt en dat is toch geen alledaags probleem. Ten aanzien van werken met een subjectief karakter doet deze kwestie zich immers niet voor: daar voldoet het auteursrechtelijke 'instinct' onmiddellijk.

Modellen

We zullen hier nog kort ingaan op de vraag of het auteursrechtelijk verveelvoudigingscriterium voldoende is toegespitst op de bescherming van het technisch aspect van (sier-)modellen. Als men immers zoals wij op p. 40 e.v. tot de conclusie komt dat de BTMW de bescherming van technische prestaties categorisch uitsluit, verliest de vraag naar de bescherming door het auteursrecht mijns inziens alle belang: het auteursrecht heeft dan geen roeping om in deze bewust door de wetgever gewilde bres te springen. Niettemin is de door ons voorgestane interpretatie verre van algemeen. Als men van mening is dat de BTMW onder omstandigheden de bescherming van een technisch effect niet uitsluit, dan blijft eens te meer de mogelijkheid van bescherming door het auteursrecht en dus de kwestie van het auteursrechtelijk plagiaatcriterium actueel.

Opnieuw treffen wij toespelingen aan dat het auteursrecht in de grond niet voor de bescherming van technische effecten is toegerust. Gaat men alleen af op overeenstemming in het uiterlijk, dan zal een puur functionele vorm tegen elke namaak be-

schermend zijn, maar het technisch aspect dat geïncorporeerd is in een open vorm die eindeloos gevarieerd kan worden blijft waarschijnlijk van iedere bescherming verstoken. Bij die laatste vorm kan het uiterlijk immers eenvoudig gewijzigd worden¹⁷. Een fraai resultaat is dat niet. Men beschermt technische prestaties of men beschermt ze niet, maar men kan die bescherming toch niet laten afhangen van het toeval of de technische idee haar neerslag vindt in een open of een puur functionele vorm.

Ook kan die beperking tot bescherming van het uiterlijk een bepaalde rechtsonzekerheid met zich meebrengen. Dat gevaar ligt op de loer bij modellen waarvan het uiterlijk in belangrijke mate, maar toch niet volledig bepaald wordt door het technisch effect. De mogelijkheden tot uiterlijke variatie voor de namakers zijn dan beperkt, maar de ontwerper kan nooit van te voren weten, of de rechter ze niet toch net voldoende zal oordelen om het verwijt van plagiaat te ontgaan. Inzoverre doen zich ook hier mogelijkheden voor, waar het plagiaatcriterium kennelijk niet op is berekend.

Een merkwaardige consequentie van de toepassing van een vormcriterium op technisch werk om de plagiaatskwestie te beantwoorden is bovendien, dat de geboden bescherming te breed kan zijn. Iemand die van een radiaalband een gipsen replica maakt pleegt dan strikt genomen inbreuk op auteursrecht. Behoeft er aan zulk een vorstelijke beschermingsomvang bestaat natuurlijk niet. Een wél op techniek toegesneden maatstaf zou onmiddellijk aangetoond hebben dat er geen overeenstemming bestaat in het wezen der zaak. Het is waar dat het onbedoelde uitdijen van de auteursrechtbescherming over gipsen banden in de praktijk wel niemand zal storen en sommigen zal plezieren. Maar het is evenzeer waar dat een dergelijke onbedoelde uitwas zeer lelijk is op een systeem, dat zich in zijn geheel kenmerkt door grote zorg om alleen in weloverwogen gevallen welbewust te beschermen.

Het plagiaatcriterium van het auteursrecht is dus klaarblijkelijk nooit echt bedoeld geweest voor de bescherming van technisch werk, hetgeen een punt is dat pleit voor de theorie van het subjectief werk.

Niettemin doet zich nu de vraag voor of dit plagiaatbegrip niet toch gemobiliseerd kan worden voor de zozeer gewenste bescherming van programmatuur. Wij zagen immers dat ook de bescherming van geschriften zonder eigen karakter een legitiem onderdak heeft gekregen onder de Auteurswet terwijl de softwarebescherming er naar hendaagse praktijk reeds een ruimte gekraakt heeft. Kan deze situatie, ook vanuit de plagiaatsproblematiek, gewettigd worden?

De kwestie ligt hier ongetwijfeld gevoeliger dan bij het openbaarmakingsbegrip, dat al met al toch nog soepel kon worden toegepast op programmatuur. In het voorgaande echter constateerden wij dat bij het bepalen van de beschermingsomvang nogal eens werd teruggегреpen op het 'wezen der zaak'. Strikt genomen rust er een auteursrechtelijk taboe op dit woord. Anderzijds meen ik dat men in de praktijk inderdaad niet met dogmatische oogkleppen op over de plagiaatskwestie mag oordelen. Met een dergelijke orthodoxie is niemand gebaat.

De enig juiste oplossing die blijft wanneer men enerzijds de eigen identiteit van het auteursrecht wil eerbiedigen en anderzijds toch realistische oplossingen wil nastreven

¹⁷ Een consequentie die overigens door Van Nieuwenhoven Helbach op nogal laconieke wijze aanvaard wordt in een beschouwing over de modelrechtelijke vormbescherming van technische aspecten; BIE 1986, 27.

lijkt mij, dat men enerzijds overeind houdt dat het wezen der zaak (belichaamd in het algoritme)¹⁸ geen bescherming geniet, maar anderzijds toestaat dat de beschermings - *omvang* mede bepaald wordt aan de hand van het wezen der zaak. Alleen zo voorkomt men dat men zich blindstaart op overeenstemming die op toeval berust of die geen betekenis heeft, terwijl anderzijds een overname die in een al te goedkope vermomming rondloopt op grond van haar afwijkende verschijningsvorm de dans ontspringt. Kort gezegd: het algoritme blijft vrij, de uiterlijke uitwerking is beschermd, maar of er sprake is van inbreuk op de uiterlijke vormgeving mag mede worden vastgesteld aan de hand van de vraag of er wezenlijke overeenstemming in vormgeving is¹⁹.

'Wezenlijke overeenstemming' bij plagiaat van een intrige

Het 'wezen der zaak' kan dus geen object van bescherming zijn, maar wel dienen als maatstaf voor de beschermingsomvang. Incidenteel ziet men ook ten aanzien van *subjectief* werk dat het auteursrecht van het uitsluitend op het uiterlijk toegesneden criterium voor de beschermingsomvang geen heilige koe of knellende bandage maakt. Dat doet zich voor als beslist moet worden of er plagiaat is gepleegd ten aanzien van een intrige of de plot van een roman.

"Naar mijn mening dient de vraag naar de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van de intrige, de plot of in het algemeen de opbouw van een verhaal *in beginsel* positief beantwoord te worden", zo stelt Verkade in zijn analyse van het literair plagiaat²⁰. Het grondpatroon achter de intrige zal, zo meent deze schrijver, niettemin vrijwel nooit tegen pretense navolging te beschermen zijn. Dat grondpatroon zijn dan de meest elementaire gegevens zoals bijvoorbeeld de driehoeksverhouding die aan de intrige ten grondslag ligt. Wij scharen ons hierachter. De door de auteur ontworpen plot is immers een *subjectief* werk, dat alleen is onderworpen aan de controle van zijn eigen smaak en willekeur.

De vraag of dit *subjectief* werk geplagieerd is kan echter niet aan de hand van uitsluitend uiterlijke maatstaven worden opgelost! Kenmerkend voor de bewerking van de plot is nu juist dat het uiterlijk in overwegende mate gewijzigd wordt. Maakt men van de plot van een roman een toneelbewerking, dan hoeft van de letterlijke tekst niet veel meer overeind te blijven. Wil men dan toch vaststellen of er plagiaat gepleegd is, dan heeft men behoefte aan een andere maatstaf dan een die puur op het uiterlijk gericht is. Wie wil beoordelen of de plot is overgenomen, moet nagaan of de eerdere literaire prestatie in *wezenlijke trekken* is overgenomen. Maar dit is een criterium dat geheel lijkt overeen te stemmen met het door ons zo gehekelde criterium van het wezen der zaak! Wij menen echter dat die overeenkomst slechts schijn is en dat ook die 'wezenlijke

¹⁸ Helemaal los van de vraag of het 'centrale' algoritme een niet-beschermbaar wetenschappelijk concept oplevert, kan men dus reeds stellen dat het als zodanig niet voldoende geconcretiseerd is om auteursrechtelijk beschermd te worden; het is slechts de 'achterliggende idee'.

¹⁹ Zou hier een verklaring kunnen liggen voor de paradox, dat het BGH in zijn uitspraak van 5 mei 1985, Inkassoprogramm, GRUR 1985, 1041, uitdrukkelijk het algoritme van auteursrechtbescherming uitsluit en niettemin de probleemanalyse een rol wil laten spelen bij het beschermingsvraagstuk?

²⁰ Literatuur en Plagiaat, AA 1984, 677-678. Zie ook Limperg, AMR 1980, 24 e.v.

overeenstemming' van de plot uiteindelijk op het *uiterlijk* van de zaak is gebaseerd. Dit laat zich als volgt adstrueren.

Het algoritme is niet het *wezen* der zaak omdat het vorm geeft aan het programma, maar omdat het vorm geeft aan de probleemoplossing.

De plot daarentegen is alleen in zoverre als een *wezen* der zaak aan te duiden, als hij vorm geeft aan de uiterlijke gestalte van de roman.

Het algoritme als *wezen* der zaak kenmerkt zich door een innerlijke consistentie: onttrek één element aan de causale keten en de ziel verlaat de probleemoplossing.

De plot als *wezen* der zaak daarentegen ontleent zijn centrale rol uitsluitend aan zijn *uiterlijke* realisatie: van belang zijn "de mate van gedetailleerdheid ervan" en, bij plagiaat, "de min of meer even gedetailleerde 'terugkeer' ervan in het jongere werk"²¹. Men kan evenwel elementen aan de plot onttrekken zonder dat daardoor vooralsnog de 'wezenlijke overeenstemming' verdwijnt. Dit is een gewichtig signaal dat het essentieel verschil aanduidt.

Het auteursrecht-eigen plagiaatcriterium, dat puur naar overeenstemming in uiterlijk oordeelt, treedt nog niet buiten zijn oevers als het bij gelijkenis vertonende werken over wezenlijke overeenstemming van de plot oordeelt. Die plot ontleent zijn beschermingsomvang aan het uiterlijk van het werk in zijn definitieve gestalte, ook al is de plot als zodanig minder vormgebonden dan die uiterlijke gestalte: men 'abstraheert' hem.

Met betrekking tot computerprogramma's ligt het in zoverre ingewikkelder dat het algoritme als 'plot' van het programma niet auteursrechtelijk beschermd wordt: het algoritme is immers een wetenschappelijk concept. Wél beschermd wordt de concrete uitwerking daarvan in een programma. Als wij gelijk hebben bepaalt het algoritme bovendien mede de beschermingsomvang van die concrete uitwerking in een programma.

De *constructie* om tot een maatstaf voor plagiaat te komen is dus voor plot en programmatuur gelijk. Of het 'uiterlijk' van een roman de intrige heeft opgeslokt van een eerder werk kan niet goed aan de hand van puur uiterlijke kenmerken worden vastgesteld; men distilleert dus de plot uit het uiterlijk van de eerdere roman en oordeelt of die min of meer gedetailleerd terugkeert in de nieuwe roman. En of, anderzijds, het 'uiterlijk' van een computerprogramma een copie behelst van een eerder programma kan evenmin goed worden vastgesteld aan de hand van puur uiterlijke kenmerken; men distilleert er een algoritme uit en oordeelt of het uiterlijk van de jongere schepping in dat licht bezien als een overname moet worden gekenmerkt. In beide gevallen is voor plagiaat niet voldoende dat de kernidee is overgenomen, maar moeten detailelementen terug te vinden zijn.

Uit het feit dat de *constructie* van de plagiaatmaatstaf overeenstemt mag echter niet worden afgeleid dat die maatstaf voor beschermingsomvang ook naar *aard* overeenstemt, met andere woorden dat de 'wezenlijke trekken' van de plot dezelfde zijn als het 'wezen der zaak' van het algoritme.

²¹ Verkade, AA 1984, 678.

De 'wezenlijke trekken' die in de plot belichaamd zijn worden immers gedistilleerd uit het uiterlijk van het werk: het is diensgevolge het uiterlijk dat de beschermingsomvang blijft bepalen, ook al geschiedt dit indirect.

Het 'wezen der zaak' dat in het algoritme zijn beslag vindt wordt echter niet bepaald aan de hand van het uiterlijk van de schepping, maar aan de hand van de innerlijke consistentie die ontstaat doordat het algoritme een probleemoplossing is. In dat geval is het niet het uiterlijk dat de beschermingsomvang bepaalt, ook niet indirect.

Onze conclusie is dat het auteursrecht-eigen plagiaatcriterium met zijn gerichtheid op de uiterlijke vorm nooit bedoeld is geweest voor technisch werk en dat zelfs waar de schijn wordt gewekt dat het (bij uitzondering) wezenlijke overeenstemming als maatstaf hanteert, dit niet mag worden opgevat als synoniem met overeenstemming naar het wezen der zaak in technische zin. Als wij die 'overeenstemming naar het wezen der zaak' in technische zin niettemin onontbeerlijk achten om de beschermingsomvang van programmatuur naar redelijkheid te kunnen bepalen, introduceren wij dus een geheel nieuw element in de bescherming door het auteursrecht.

Conclusie

Maken wij nu onze algemene conclusie op inzake plagiaat, zo stellen wij vast dat de bescherming van programmatuur inderdaad een eigen, aangepaste invulling van het plagiaatcriterium vergt. Men kan de vraag opwerpen of hier ook ingrijpen van de wetgever geboden zou zijn. Naar mijn mening is het niet nodig om zijn toevlucht te nemen tot zulk een paardemiddel. Rechters, voorgelicht door deskundigen in de praktijk hebben al blijk gegeven perfect te begrijpen waarom het gaat. Bovendien is het plagiaatcriterium zelf niet overdreven star, zo hebben wij bij de behandeling van plagiaat van een intrige vastgesteld. Het aangepaste plagiaatcriterium bij intrige moge als opstapje dienen voor de verdere toepassing die vereist is voor computerprogramma's. Niettemin doet men er goed aan zich te realiseren dat de wezenlijke overeenstemming bij literair plagiaat en de overeenstemming in het wezen der zaak bij programmatuur nog niet geheel dezelfde maatstaf opleveren en dat er dus strikt genomen geen precedent is dat de receptie in het auteursrecht van 'het wezen der zaak' als criterium voor de beschermingsomvang van programmatuur vergemakkelijkt.

Niettemin zijn wij vóór die receptie, en wel door teleologisch aangepaste rechterlijke rechtsvinding zonder legislatief klaroengeschal. Als er geen reden is tot ingrijpen in de praktijk, moet men terughoudend zijn met ingrijpen in de wet. En de praktijk blijkt te voldoen. Paradoxaal genoeg vervullen daar slapende honden voortreffelijk hun waakfunctie.

Twee kleine kanttekeningen wil ik mij hier nog veroorloven ten aanzien van beschermingsvormen waarbij de vormgeving als criterium voor het bepalen van de beschermingsomvang geen rol meer speelt.

Allereerst zal dit het geval zijn wanneer men kiest voor bescherming van programmatuur analoog aan de bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Het is daar niet de eigen vormgeving die beschermd wordt (die ontbreekt

nagenoeg), bijgevolg speelt ze ook geen rol bij het bepalen van de beschermingsomvang. De rechter is dan vrij, zo meen ik, om een criterium te hanteren dat het beste aansluit bij de aard van de te beschermen prestatie. Bij de tweede kanttekening verwijder ik me geheel van het eigenlijke onderwerp van deze studie, buiten het auteursrecht dus, om een korte, niet nader uit te werken suggestie te doen in de sfeer van de doctrine omtrent de slaafse nabootsing. Bescherming van programmatuur via art. 1401 BW en de "Hysterdoctrine" is onderwerp van een proefschrift op zich. Bijgevolg beperk ik mij ertoe de volgende punten aan te stippen.

De doctrine van de slaafse nabootsing doet weliswaar geen opgeld meer voor modellen van nijverheid die worden geïntroduceerd na de invoering van de BTMW 1975; dit hoeft echter toepassing op programmatuur niet in de weg te staan, zolang deze niet als "model" wordt gekarakteriseerd.

Volgens het Hyster Karry Krane arrest²² is nabootsing dan ongeoorloofd, indien men zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het eigen produkt afbreuk te doen, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht.

Allereerst is deze definitie moeiteloos toepasbaar op wat wij in het hoofdstuk over programmatuur hebben gekenschetst als uiterlijke vormgevingsaspecten die niets van doen hadden met de logische structuur van het programma als probleemoplosser, bijvoorbeeld op de formulering van aanwijzingen aan de gebruiker die op het beeldscherm verschijnen.

Is het criterium echter ook op de "logische constructie van het programma als probleemoplosser" toepasbaar?

Mijns inziens uitstekend voorzover gevraagd wordt om, indien dit mogelijk is zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid af te doen, op bepaalde punten een andere weg in te slaan. Die andere weg betreft niet uitsluitend de vormgeving, maar de in het produkt geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis. In zoverre is het criterium goed toepasbaar op programmatuur.

Problematischer blijft de vraag of de rechter ook zal willen aannemen dat een programma dat in probleemoplossende structuur een ander programma heeft nagebootst, "verwarring" sticht. Die verwarringstichtende werking heeft nu eenmaal traditioneel met uiterlijke vormkenmerken te maken; wij praten echter nu over de bescherming van een innerlijke structuur. Daar staat tegenover dat niets eraan in de weg hoeft te staan, hier een aan de eigen aard van computerapparatuur aangepaste formule te creëren. In beginsel lijkt de Hoge Raad een mogelijkheid daartoe te hebben geopend in het arrest Decca Navigator System²³. Wij laten het verder bij deze speculatieve gedachten.

²² HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 nt. Ph. A.N.H. AA 1953/54, blz. 10 nt. HB.

²³ HR 27 juni 1986, BIE 1986, 280 Decca Navigator System; zie ook de bespreking van het arrest door Th.C.G.J. van Engelen in BIE 1986, 263. De Hoge Raad heeft hier, kort weergegeven, beslist dat op grond van een afweging van de betrokken maatschappelijke belangen het gemene recht prestatiebescherming kan bieden, maar dat daarvoor in beginsel ten minste vereist is, dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een intellectueel eigendomsrecht rechtvaardigen.

C. GEBRUIK

Technisch werk is gericht op het verwezenlijken van een praktisch resultaat: het wil niet gelezen of beluisterd worden, het wil functioneren en *gebruikt* worden. In het gebruik van zulk werk schuilt dus de economische waarde ervan: en daarmee stelt zich logisch de vraag of het gebruiken van technisch werk onderwerp moet zijn van een uitsluitend recht van de ontwerper.

De Auteurswet zwijgt in alle talen over het begrip 'gebruiken'. Dit zwijgen betekent aldus Verkade dat de Auteurswet *niet* beschermt tegen bedrijfs- of beroepsmatig gebruik van het programma. "Hoewel daaraan vanuit het gezichtspunt van de beschermingzoekende voor programmatuur wel behoefte zou kunnen bestaan," aldus Verkade, "is een dergelijke beperktheid van een Auteurswet die niet speciaal met programmatuur rekening houdt, begrijpelijk. De wet wil het 'lezen' van een boek niet als zodanig aan de toestemming van de auteursrechthebbende binden, en ook niet ander gebruik-als-zodanig. De wet heeft ook de doorverkoop van (althans 'gedrukte' en rechtmatig in het verkeer gebrachte) exemplaren niet aan de toestemming van de auteur willen onderwerpen (vgl. art. 12, eerste lid, onder 2° AW). Het uitlenen of verhuren van rechtmatig gekochte exemplaren is, vele pleidooien voor een 'leenrecht' ten spijt, tot dusverre niet als inbreuk op auteursrecht beschouwd, terwijl de Nederlandse wetgever nog niet van een nieuw wettelijk leenrecht wilde weten."²⁴.

Ook Spoor²⁵ stelt zich gereserveerd op tegenover het begrip 'gebruik'. Vanuit de invalshoek van deze studie kan daar nog aan worden toegevoegd, dat het voor iedereen vanzelf spreekt dat de ontwerper van een *model* met een technisch effect geen uitsluitend recht zal kunnen laten gelden ten aanzien van het beroeps- of bedrijfsmatig gebruik ervan, zelfs als men aan zou nemen dat de Auteurswet het technisch effect als zodanig kan beschermen. Anders zou de fabrikant van een kurketrekker met een nieuwe op het technisch effect gerichte vorm iedere ober die zich daarvan in de uitoefening van zijn beroep bedient met zijn auteursrecht kunnen bespringen. Iets dergelijks speelt niet in het algemeen rechtsbewustzijn van de auteursrechtsspecialisten, en nog minder in dat van de obers. Daarentegen wordt in het buitenland aan het gebruiken van programmatuur wel degelijk een zeer belangrijke plaats gegund. Haberstumpf²⁶ meent dat onbevoegd gebruik van het programma inbreuk op auteursrecht oplevert. Het GRUR Denkschrift²⁷ heeft het zelfs over het belangrijkste van de exploitatierechten. In de Franse softwarewet is het gebruiken als uitsluitend recht aan de programmeur voorbehouden. Maar ook in de Nederlandse rechtspraak zijn tekenen te bespeuren van een tendens om het gebruiken aan de auteursrechthebbende voor te behouden. De President van de Rechtbank te Assen²⁸ beval Koerhuis om binnen 14 dagen aan diegenen aan wie zij mengvoederprogramma's had verkocht of geleverd, schriftelijk mede te delen dat die

²⁴ Verkade, Programmatuur, p. 42.

²⁵ BIE 1985, 244.

²⁶ GRUR 1982, 143.

²⁷ GRUR 1979, 305.

²⁸ Pres. Rechtbank Assen, 10 januari 1984, BIE 1984, 238, SCIA/Koerhuis.

programma's een inbreuk vormden op het auteursrecht van SCIA en jegens haar en Sycon onrechtmatig waren, met het verzoek om het mengvoederprogramma terug te geven teneinde dit aan eiseressen te kunnen afgeven. De klanten, die om teruggave werden verzocht, maakten zich uitsluitend aan gebruik schuldig, en SCIA was in dit geval bepaald minder gebaat geweest als tegen dit gebruiken niets had kunnen worden ondernomen (tenzij het gebruiken van een programma als openbaar maken of veelvoudigen kan worden gekwalificeerd; daarop gaan wij hieronder nog in).

Wat er nu zij van de geschetste controversie, vaststaat dat een uitsluitende bevoegdheid om het gebruiken door eindafnemers te controleren alléén opportuun is juist bij technisch werk. Bij werk waarvan de eigenlijke betekenis alléén in het te bekijken of beluisteren uiterlijk ligt, heeft een bepaling omtrent fysiek gebruiken naast de gebruiksvormen die toch al een openbaarmaking opleveren geen zin. En dat is, zo meen ik, ook de reden waarom de Auteurswet er niet over rept: in feite is zij gericht op werk waarvoor een bevoegdheid tot fysiek gebruiken geen zin heeft, op werk dat puur en alleen op uiterlijke waarneming gericht is. Dit levert een aanwijzing op voor de leer van het subjectieve werk. Sterke aanwijzingen leveren ook de artikelen 28 en 29 Aw. In artikel 28 lid 1 wordt de auteursrechthebbende de bevoegdheid gegeven om voorwerpen, in strijd met zijn recht openbaar gemaakt, zomede niet geoorloofde verveelvoudigingen, in beslag te nemen en hetzij dezelve als zijn eigendom op te vorderen, hetzij de vernietiging of onbruikbaarmaking daarvan te eisen. Datzelfde recht kan echter ingevolge artikel 29 lid 1 niet worden uitgeoefend ten aanzien van voorwerpen, onder personen berustende, die niet in soortgelijke voorwerpen handel drijven en die voorwerpen uitsluitend tot eigen *gebruik* hebben verkregen, tenzij door henzelf inbreuk op het desbetreffend auteursrecht is gepleegd. Dit doet sterk vermoeden dat de wetgever ervan uit is gegaan dat elk beroeps- of bedrijfsmatig exploiteren van auteursrechtelijk beschermd werk in de praktijk wel een *openbaarmaking* moest opleveren, en dat het enkel gebruiken een particulier karakter zou dragen; in dat laatste geval behoefde ook geen bescherming te worden geboden. Voorzover men over subjectief werk spreekt klopt dat ook. Denkt men daarentegen aan technisch werk, dan is bedrijfsmatig gebruiken zonder openbaarmakingskarakter wél heel goed denkbaar. Daar was de wetgever zich ook van bewust: in artikel 30 van de twee jaar oudere ROW, bij uitstek gericht op technisch werk, wordt het bedrijfsmatig gebruiken expliciet genoemd. Als de wetgever gewent had dat de Auteurswet ook techniek beschermde, had hij in die wet hetzelfde gedaan.

Een andere aanwijzing in dezelfde richting geven de leden 3 en 4 van artikel 28. Ingevolge deze bepalingen kan de rechter ten aanzien van onroerende zaken die een inbreuk op auteursrecht opleveren alleen gelasten dat gedaagde daaraan zodanige *wijziging* zal aanbrengen, dat de inbreuk op auteursrecht wordt opgeheven. Veelzeggend is dat ten aanzien van deze gebruiksgoederen bij uitstek geen gebruiksverbod kan worden gevorderd. Concentreren wij ons daarnaast eens op de aard van de wijziging die gevraagd wordt, dan lijkt het toch zeer aannemelijk dat met "zodanige wijziging ... dat de inbreuk op het auteursrecht wordt opgeheven..." bedoeld wordt een uiterlijke wijziging en geen technische verandering die het gebruiksgemak beïnvloedt: bij zeer rationeel ingerichte produktielijnen zou men op die manier de rentabiliteit van het bedrijf negatief beïnvloeden. De vraag is nu of, als men niettemin programmatuur onder de

vleugels van de Auteurswet wil brengen, er speciale instrumenten nodig zijn om ook gebruikshandelingen onder het uitsluitend recht van de auteur te brengen en zo ja, hoe dat gerealiseerd moet worden. Getuige de stellingname van Verkade en Spoor is het goed verdedigbaar de technische auteur op een auteursrecht-eigen dieet te zetten en het gebruik vrij te laten. Men kan echter ook verdedigen dat de uitsluitende gebruiksbevoegdheid niet aan het servicepakket van de auteursrechtbescherming mag ontbreken; dan zijn verschillende constructies denkbaar. Men kan denken aan een ingrijpen van de wetgever, die door een nieuw artikel het recht van gebruik van programmatuur uitdrukkelijk aan de auteursrechthebbende toekent. Aldus geschiedde in Frankrijk bij de creatie van art. 47. Men kan echter ook proberen, het gebruik in te kleden als een vorm van openbaar maken of vervoeelvoudigen van programmatuur. Die laatste mogelijkheid zullen wij het eerst onderzoeken.

Gebruik als een vorm van openbaar maken

Is het gebruik van een programma in beroep of bedrijf te beschouwen als een openbaarmaking? Men kan dit ontkennen en aanvoeren dat het gebruik van een boek in bedrijf of beroep eveneens vrij is: men denke met name aan het gebruik van formuleboeken met voorbeelden van akten etc. Men kan ook verwijzen naar het feit dat het gebruik van een filmband in een bioscoopbedrijf wel een openbaarmaking oplevert en aldus ook tot die conclusie komen voor wat betreft programmatuur. Indien men dit laatste argument de doorslag laat geven en het gebruik van programmatuur als een openbaarmaking beschouwt, moet men wel een oplossing vinden voor de vraag waarom het gebruik van modellen - bijvoorbeeld het in de pauze rondrijdende "duidelijk kunstzinnige" karretje met versnaperingen - géén te verbieden openbaarmaking oplevert. Terzijde zij ook nog opgemerkt dat deze interpretatie van openbaarmaken uiterst aard verder gaat dan het "natuurlijk begrip" dat de wetgever voor ogen stond (vgl. p. 126).

Toepassing van het begrip openbaar maken op gebruiken is dus geenszins een vanzelfsprekendheid. Een dergelijke constructie kan echter functioneren, als men met ons van mening is dat het technisch effect van modellen als bedoeld in artikel 2 lid 1 BTMW van iedere bescherming, ook van auteursrechtelijke, is uitgesloten²⁹. Het bovenopgeworpen dilemma dat wie het gebruiken van programmatuur als een openbaarmaking beschouwt, zulks ook ten aanzien van het gebruiken van het technisch aspect van een model moet laten gelden, vervalt dan immers. De andere bezwaren hebben praktisch minder gewicht, als men inderdaad overtuigd is van de wenselijkheid van een exclusief gebruiksrecht. Wij zagen echter dat dit althans in Nederland lang niet overal het geval is.

²⁹ Artikel 14 lid 1 van de BTMW verbiedt weliswaar mede het gebruiken van het model, maar dit verbod geldt niet het technisch aspect als zodanig, maar het gebruiken van het model in zijn concrete (open) vormgeving, welk verbodsrecht overigens na vervreemding zal worden uitgeput. Artikel 14 lid 1 levert geen technisch monopolie op. Dit zou wel het geval zijn, als ook het gebruiken van puur functionele modellen verboden kon worden. Maar die zijn op grond van artikel 2 lid 1 BTMW van bescherming uitgesloten.

In de literatuur is er met name voor gepleit, het gebruik van programmatuur te beschouwen als een verboden verveelvoudiging. Het Denkschrift dat in GRUR 1979 werd gepubliceerd, meldt (op p. 305) dat men van een "ganz herrschende Lehre" kan spreken. Inmiddels heeft men echter dissidente opinies mogen vernemen van Haberstumpf³⁰ en Brandi-Dohrn³¹.

Men kan de verveelvoudigingsproblematiek bij computerprogrammatuur opsplitsen in twee vragen. Eén daarvan is, in hoeverre er een verveelvoudiging plaatsvindt bij het echte gebruik. Maar vóórdat het programma aldus gebruikt wordt, is het ingelezen in een perifeer geheugen als bibliotheekcopie. Levert dit niet op zich al een verveelvoudiging op? In het eerste geval kan elk gebruik een verboden verveelvoudiging opleveren; in het tweede geval moet men toch in ieder geval voor het eerste gebruik een verboden verveelvoudiging hebben gemaakt. Wij zullen die vragen nu afzonderlijk bekijken.

Bij het gebruik van een programma, als men met andere woorden het programma 'laat lopen' wordt dit intern gereproduceerd in de Central Processing Unit van de computer. Het lijkt mij echter zeer twijfelachtig of in dat geval van een verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet mag worden gesproken. Beslissend voor het zijn van verveelvoudiging is dat de drager inderdaad dient als 'bewaarplaats' voor het werk. De Central Processing Unit is geen bewaarplaats, maar de kleedkamer voor het podium. Alleen die gegevens die nodig zijn voor de voorstelling van het moment bevinden zich er tijdelijk. Hun permanent onderkomen hebben zij elders, in een programma, in een magazijn. Dit is de werkelijke verveelvoudiging, waarin het programma is opgeslagen, permanent of voor zolang de gebruiker het nodig heeft.

Het lijkt meer voor de hand te liggen de reproductie te vergelijken met een tijdelijke projectie in de Central Processing Unit. Een projectie, bijvoorbeeld van een dia, kan echter niet als een verveelvoudiging worden gekenschetst. Ook in dat geval wordt het beeld slechts opgeroepen voorzover het voor onmiddellijk 'gebruik' nodig is. In geen van beide gevallen krijgt de reproductie gestalte in een *onafhankelijke* verveelvoudiging: de diaprojectie blijft zelfs geheel onstoffelijk, maar ook het gereproduceerde programma dooft uit na gebruik. Beide zijn afhankelijke reproducties van de eigenlijke verveelvoudiging.

Daarnaast heeft Haberstumpf³² erop gewezen dat moderne time-sharing en multiprogramming technieken meebrengen dat vaak een code niet geheel in het werkgeheugen wordt ingelezen, maar partikeltje voor partikeltje wordt bewerkt; hij vraagt zich af of die afzonderlijke partikeltjes wel voldoende eigen karakter hebben om van de verveelvoudiging van een werk met eigen karakter te kunnen spreken.

Bovendien, zegt dezelfde schrijver in GRUR 1986, 234, als wij het enkel *opvolgen* van een handleiding of werkvoorschrift als een verveelvoudiging gaan beschouwen, dan is er geen reden om die redenering niet ook toe te passen ten aanzien van octrooi -

³⁰ GRUR 1982, 148 e.v.; 1986, 234.

³¹ GRUR 1985, 185.

³² GRUR 1982, 148.

rechtelijk beschermde werkwijzen. Dit zou een ongewenste overlapping van auteursrecht en octrooirecht kunnen opleveren.

Wat er zij van deze argumentaties van Haberstumpf, het laatste woord in de onderhavige materie lijkt nog allerminst te zijn gewisseld. Dat geldt ook voor het tweede verveelvoudingsprobleem, dat wij nu zullen aansnijden.

Wittmer³³ wijst er reeds in 1977 op dat hij geen verveelvoudigen aanneemt bij het gebruik van software om het machinale proces te sturen, maar dat dit gebruik wel andere, auteursrechtelijk wel relevante verveelvoudingen impliceert, zoals de verveelvoudingen intern in de computer voorafgaande aan het gebruik. Kindermann³⁴ verduidelijkt dat: naast de copie in de Central Processing Unit wordt nog een andere copie gemaakt, die het gehele programma betreft en die in een perifeer geheugen als 'bibliotheekcopie' wordt opgeslagen. Het is die copie waarop verder bij het gebruik van de computer wordt teruggegrepen. Het programma zoals dat bij de handelaar gekocht wordt, kan verder als archiefstuk worden opgeborgen: men heeft het niet meer nodig. Is hier sprake van een verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet?

Opnieuw geloof ik dat een ontkennend antwoord moet worden gegeven. Zeer overtuigend komt mij het eenvoudige standpunt van Brandi-Dohrn³⁵ voor. Deze auteur ziet het verveelvoudigingsrecht als iets wat in verband met het recht van openbaar maken moet worden gezien. Derhalve is er pas sprake van een verveelvoudiging als deze in een onafhankelijke lichamelijke vorm gestalte heeft gekregen.

Daarnaast verdient met name de aandacht een argument van de Zwitser Perret³⁶, die te midden van mijns inziens minder geslaagde argumentaties, aanvoert dat juist omdat er sprake van gebruik is, de kwalificatie verveelvoudigen niet op zijn plaats is. Perret licht zijn stelling niet nader toe en laat daarmee de indruk van een cirkelredenering achter. Wij zullen trachten een nadere onderbouwing te construeren.

Zekere vormen worden op de markt gebracht om gecopieerd te worden. Denken wij aan vormen voor plumpuddingen of taaimannen, of aan formulierenboeken voor het notariaat. Het is niet goed denkbaar dat de gérant die zijn klanten op een voortreffelijke plumpudding vergast, door de auteur van de puddingvorm voor schadevergoeding kan worden aangesproken. Men kan dit ingewikkeld onderbouwen door een stilzwijgende licentie aan te nemen, maar het lijkt mij eenvoudiger om vast te stellen, dat pas dan sprake is van verveelvoudigen, als de vormgever van de pudding, niet als de vorm zelf in de pudding is verveelvoudigd.

De constructie moet strikt beperkt blijven tot vormen die allereerst dienen om een nuttig effect te verwezenlijken en waarbij de vormgeving niet hoofdzak, maar toegift is. Hoofdzak bij de plumpudding of het notarieel formulier is het bijeenhouden van de crème tijdens het stollen respectievelijk het verwezenlijken van de beoogde rechtshandeling. In zekere zin is de vorm toegift voor een klant die zelf niet professioneel vorm geeft. Anders ligt dit bij bijvoorbeeld originele tekensjablonen en plakletters, waarmee beroepsontwerpers een boekomslog van tekst voorzien. De oorspronkelijke vorm is dan geen toegift maar hoofdzak voor kopers die zelf professioneel met vorm

³³ Op. cit. p. 166.

³⁴ GRUR 1983, zie p. 154, Pr. 33.

³⁵ GRUR 1985, p. 185.

³⁶ ZSR 96 (1077) 2. Halbband 1975.

geving bezig zijn. De letterontwerper maakt zijn originele produkt uitsluitend met het motief te verfraaien, de plumpuddingontwerper en de jurist die een acte ontwerpt doen het voor mensen die beroepsmatig iets anders willen verwezenlijken dan de uiterlijke vormgeving. Datzelfde geldt ook voor computerprogrammatuur. Er is alleen dan sprake van een verveelvoudiging, als de vormgever wordt gecopieerd.

Misschien zal men hiertegen inbrengen dat de volledige overname van het programma in het bibliotheekgeheugen toch als de overname van een vormgever gezien moet worden. Maar laten wij het vergelijken met het geval dat iemand een bakvorm van binnen bekleedt met folie. Hij copieert dan onmiddellijk de bakvorm en de folie wordt in zekere zin de naastliggende vormgever van het gebak. Maar al dat kopiëren is niet meer dan het normale gebruik door de bakker die het toch gaat om de smaak van de cake en niet om de vormgeving ervan. Er is geen sprake van een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging.

Hiermee moge zijn aangetoond, dat het niets nieuws is als gebruikscopieën auteursrechtelijk geoorloofd zijn. Zij kunnen niet worden aangemerkt als een verveelvoudiging. Doet men dat wel, dan ontstaan fricties in de sfeer van de uitputtingsleer³⁷. De uitputtingsleer behelst het verschijnsel dat de houder van het intellectueel eigendomsrecht nadat hij zelf een exemplaar van het beschermde werk vervreemd heeft, zijn openbaarmakingsrecht niet meer kan invoeren tegen verdere openbaarmaking van datzelfde exemplaar door de opvolgende eigenaren. Kort en enigszins simplificerend gezegd: Als A een boek waarop hij auteursrecht heeft verkoopt aan B, kan hij niet meer beletten dat B dat specifieke exemplaar doorverkoopt aan C, al levert dat op zich genomen een openbaarmaking van het werk op door B. Het verveelvoudigingsrecht nu is (vanzelfsprekend) niet voor uitputting vatbaar. Vervreemding van één exemplaar zou dan immers reeds het tenietgaan van het alleenrecht om te verveelvoudigen met zich meebrengen.

Als men nu het gebruik van computerprogrammatuur wil aanmerken als een verveelvoudiging, dan moet men tot de slotsom komen dat de koper van een programma eigenlijk niet eens het gebruiksrecht verwerft, tenzij men er van uit gaat dat hij het aan een stilzwijgende licentie ontleent. Het recht om te verveelvoudigen blijft immers altijd bij de auteursrechthebbende. De constructie van de stilzwijgende licentie stelt de koper dan weliswaar in de gelegenheid zelf te gebruiken, maar hij kan het programma niet vervreemden aan een derde. Die derde moet immers ook weer verveelvoudigen wil hij gebruiken en de koper kan niet een verveelvoudigingsrecht overdragen dat hij zelf niet heeft.

De oplossingen die voor dit probleem zijn aangedragen zijn niet zeer elegant te noemen. Het GRUR Denkschrift³⁸ verzucht dat we dan pour le besoin de la cause maar eens een uitzondering moeten aannemen in die zin dat het verveelvoudigingsrecht door de verkoop wel wordt uitgeput, maar dan wel weer slechts in zoverre, als voor be -

³⁷ Afgezien van de in de hoofdstukst te beschrijven perikelen in de sfeer van de uitputtingsleer is er nog een andere valkuil voor wie het kopiëren in een perifeer geheugen als een verveelvoudiging wil aanmerken: de mogelijkheid dat zulk een handeling, ook als zij geschiedt door een onderneming met commercieel oogmerk, als een verveelvoudiging voor eigen gebruik in de zin van artikel 16 b moet worden aangemerkt. (Verkade, Programmatuur p 51). Vervolgens rijzen weer andere problemen, hoe artikel 16 b ten aanzien van programmatuur geïmplementeerd moet worden.

³⁸ GRUR 1979, 305.

drijfsmatig *gebruik* nodig is. Dit lijkt mij inderdaad een moeizaam noodverband. Ulmer en Kolle³⁹ menen dat ook na vervreemding de zeggenschap over het programma geheel bij de programmeur geconcentreerd blijft: er vindt met andere woorden in het geheel geen uitputting plaats. Hoe valt dit te rijmen met de toch algemeen aanvaarde idee dat bij vervreemding van een exemplaar zekere rechten van de auteur worden uitgeput? Doordat, stellen Ulmer en Kolle, er ten aanzien van computerprogrammatuur in wezen nooit vervreemding plaatsvindt: de koop zal in veel gevallen niet meer dan een licentiecontract zijn en moet in geval van twijfel ook altijd zo worden aangemerkt.

Behalve het feit dat dit toch wel een vrij krasse ingreep is, lost het niets op in die gevallen waarin toch buiten twijfel staat dat het om koop gaat.

Wil men, ook vanuit het perspectief van de uitputtingsregel, het gebruiken van programmatuur zinnig duiden, dan zal men dat gebruik als openbaar maken moeten aanmerken. Zo heeft ook Lehmann, die het probleem direct vanuit de invalshoek van de uitputtingsleer onder de loep heeft genomen, mijns inziens terecht de uitputtingsvraag alleen maar met de openbaarmakingskwestie verbonden en niet gerept over partiële uitputting van het verveelvoudigingsrecht⁴⁰.

Wij maken nu een eind aan onze toch al omvangrijk geworden memorie van grieven. Onze conclusie is, dat indien de wetgever het gebruiken van programmatuur inderdaad aan de programmeur wil voorbehouden, ingrijpen in de Auteurswet onvermijdbaar is. Er is al principieel verschil van inzicht mogelijk over de vraag of het gebruik inderdaad aan de auteur moet worden voorbehouden; en dan is er nog een hele polemiek denkbaar over het probleem of men het gebruik apart als bevoegdheid wil formuleren - hetgeen verre de voorkeur zou verdienen - of onder wil brengen bij het begrip openbaar maken. Onderbrenging bij het begrip verveelvoudigen lijkt mij geen verstandige keuze. Indien de wetgever inderdaad zijn stem verheft, zal hij ook regels moeten geven inzake de uitputting van de rechten van de auteur in dit verband.

Conclusie Hoofdstuk V

Wij hebben in Hoofdstuk V getoetst, of de Auteurswet gericht is op werken met een technisch karakter. Het antwoord was negatief. De Auteurswet biedt de auteur twee uitsluitende bevoegdheden met betrekking tot zijn werk; openbaar maken en verveelvoudigen. Geen van beide is echt toegeschreven op technisch werk. De quintessens van het begrip openbaar maken, het ter kennis brengen van het publiek, sluit niet aan op de bestemming van technisch werk. Technisch werk dient praktische doeleinden en wil niet iets ter kennis brengen.

Anderzijds bleek ook de aan het auteursrecht eigen invulling van het verveelvoudigingsbegrip niet adequaat om de beschermingsomvang van technisch werk te bepalen.

Tenslotte constateerden wij dat auteursrechten met betrekking tot gebruik in de Auteurswet geheel niet aan bod komen. Geheel afgezien van het feit of men veel of weinig waarde hecht aan een uitsluitend recht van gebruik voor de auteur/programmeur, had

³⁹ GRUR 1982, 499.

⁴⁰ Lehmann, Betriebs Berater 1985, 1210.

een wettelijke regeling die (mede) gericht is op de bescherming van technisch werk, dit probleem niet kunnen laten liggen.

Niettemin wordt het auteursrecht reeds alom toegepast om aan de roep om bescherming van computerprogrammatuur te voldoen. Het hoeft ons niet te verbazen dat de theoretisch gebrekkige bescherming praktisch afdoende is. Om zich bewust te worden van de moeilijkheden ten aanzien van het openbaar maken, moet men meer taalkundig dan juridisch denken. En wat betreft het probleem dat het auteursrechtelijk plagiaatcriterium gericht is op het uiterlijk en niet op het wezen der zaak: als er sprake is van klakkeloze overname, maakt het geen verschil of men de beschermingsomvang bepaalt naar uiterlijke vorm of naar wezen der zaak. Het is bovendien de vraag of het "uiterlijke" plagiaatcriterium in de praktijk op zeer orthodoxe wijze wordt toegepast. En tenslotte schiet men elders - maar minder in Nederland - de programmeur ook nog te hulp door het gebruiken van programmatuur op een of andere manier onder zijn uitsluitende bevoegdheden van openbaar maken of verveelvoudigen te manoeuvreren, of uitdrukkelijk in de wet te garanderen.

Enerzijds zijn er dus onmiskenbare aanwijzingen dat de Auteurswet niet voor technische prestaties bedoeld is geweest en dat mag als een bevestiging van de subjectieve leer gelden: die leert immers dat zulke prestaties geen persoonlijk karakter hebben. Anderzijds zien wij dat de bestudeerde bepalingen van de Auteurswet toch niet ongeschikt zijn om de ontwerper van programmatuur een redelijk functionerende (maar soms bescheiden) bescherming te geven, mits men zich ten aanzien van de invulling van die begrippen niet al te dogmatisch opstelt. Dat hoeft ook niet, want de Hoge Raad zelf heeft in het Radioprogramma III arrest de mogelijkheid erkend dat 'buiten - beentjes' in het auteursrecht een aangepaste behandeling kunnen krijgen. Hiervoor geldt één uitzondering. Wil men het *gebruiken* van programmatuur ook onder de werking van het auteursrecht brengen, dan is een ingrijpen van de wetgever vereist. Anders ontstaan al te grote fricties in het systeem van de auteursrechtelijke bescherming.

Wij gaan nu onze aandacht richten op de tweede karakteristiek van subjectief werk, zoals wij die in de Inleiding onder woorden brachten: de sterk persoonsgebonden aard.

DE SPECIFIEKE BAND TUSSEN DE MAKER EN ZIJN PERSOONLIJKE CREATIE

Het auteursrecht bevat regels die in bijzondere mate zijn toegesneden op de specifieke band die bij subjectief werk bestaat tussen de maker en zijn geestesproduct. Op de eerste plaats zijn daar natuurlijk de persoonlijkheidsrechten. Er zijn echter ook andere regels in het auteursrecht die ondenkbaar zouden zijn als er niet een bijzondere relatie bestond tussen de maker en het werk. Wij denken aan het feit dat het recht zonder formaliteiten wordt verkregen, dat het in stand blijft tot 50 jaar na de dood van de maker en dat het alleen bij ontlening wordt geschonden.

Het aantonen van die bijzondere relatie tussen auteur en werk is echter niet ons doel. Wat wij ons voorstellen aan te tonen ligt nog een stap verder. Ook bij deze bepalingen die op de maker van het werk zijn toegemeten hopen wij zodanige op te sporen, die zinloos zijn indien ze worden toegepast op een technische prestatie. Dat kan een aanwizing zijn, dat de Auteurswet in aanleg niet is toegeschreven naar technisch werk.

A. PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

Voor de behandeling van de persoonlijkheidsrechten vallen wij terug op het voor het eerst door Desbois¹ gebezigde onderscheid in vier categorieën. Het is niet de bedoeling daarbij diep op de materie van de persoonlijkheidsrechten in te gaan. Wij zullen ons strikt beperken tot een tweevoudige toets: allereerst of het persoonlijkheidsrecht überhaupt iets kan zeggen over de aard van het werk, ten tweede of de naar voren gebrachte feiten kunnen pleiten voor de theorie van het subjectieve werk.

1. *Droit de publication* of *divulgation* - het recht om te beslissen of een werk al dan niet in de openbaarheid wordt gebracht.

Opvallend is het verschil met het systeem van de octrooiwet: octrooiëring impliceert verplichte openbaarmaking. En de daar geregelde mogelijkheden van een dwanglicentie zijn wel het tegendeel van een *droit de publication*.

Hangt het *droit de publication* samen met de aard van het auteursrechtelijk beschermde werk? Is het geschikt om als proef op de som te dienen bij de toepassing van auteursrecht op programmatuur en op het technisch aspect van modellen?

Het antwoord moet, zo meen ik, genuanceerd luiden. Een *droit de publication* is iets dat niet alleen in het auteursrecht mogelijk is, maar ook denkbaar zou kunnen zijn in het octrooirecht. Zo denk ik bijvoorbeeld aan het geval, dat iemand op *morele* gronden zou willen verbieden dat zijn uitvinding wordt gebouwd of voortaan (zolang zijn recht duurt) nog wordt gebouwd, bijvoorbeeld omdat hij niet wil dat een uitvinding waaraan zijn naam verbonden is, misbruikt wordt in de wapenwedloop. Ook hier is sprake van een speciale relatie tussen de ontwerper en zijn werk: in de praktijk zal die echter wel nooit geëerbiedigd worden.

Bekijkt men de zaak dus heel in het algemeen, dan is een '*droit de publication*' iets dat niet noodzakelijk het privilege hoeft te zijn van het auteursrecht. En toch fourmeert zelfs het voorafgegane voorbeeld van de uitvinder die op pacifistische gronden de bouw van zijn uitvinding verbieden wil, nog een indirect argument voor de leer van het subjectieve werk. De enige grond die hij voor een dergelijk verbod zou kunnen aanvoeren, zou mijns inziens een *morele* moeten zijn. Maar een *morele* maatstaf impliceert al dat aan enigszins geobjectiveerde maatstaven getoetst moet zijn! Enigszins geobjectiveerd, want *morele* maatstaven zijn natuurlijk nooit op natuurwetenschappelijke manier te verifiëren. Niettemin zou een volstrekt subjectief oordeel van de uitvinder ten enen male onvoldoende zijn om de bouw van de uitvinding te verbieden of stop te zetten. Men kan zich als het ware voorstellen dat de ploeg die de neutronenbom ontwierp, het gebruik daarvan op een gegeven moment (selectief) zou willen verbieden; en een heel erg moreel en een uitvinder-vriendelijk octrooirecht zou misschien zelfs dat recht toekennen. Maar ten enen malen ondenkbaar is dat de uitvinder van de elektronische typemachine of van de slacentrifuge op een gegeven moment de verdere productie aan zijn

¹ P. 421 e.v.; het door Desbois in 1950 voorgestelde onderscheid in vier categorieën wordt heden ten dage door de meerderheid van de doctrine gevolgd, vgl. Dietz, *Das droit moral des Urheber*, p. 32. In Nederland zien wij het gebezigd door Van Ling, p. 86 en door Verkade/Spoor, p. 233. Enigszins afwijkend: Van Isacker, de *morele* rechten van de auteur, Brussel 1961, p. 35.

licentiehouder verbiedt, omdat hij het met het werk 'niet meer eens is'. In het auteursrecht kan dat wel, al zal de auteur zwaarwegende argumenten aan moeten voeren. Die zwaarwegende argumenten mogen echter persoonlijk van aard zijn. De conclusie is dat, ware een *droit de publication* voor objectieve werken denkbaar, de uitoefening van een dergelijk privilege ook op grond van enigszins geobjectiveerde maatstaven geschieden moet. Daarentegen is de uitoefening van datzelfde recht ten aanzien van subjectieve werken onderworpen aan de eigen opvattingen van de auteur.

Met het *droit de publication* hangt samen de regeling in geval van beslag en faillissement. Artikel 2 lid 3 Aw luidt: "Het auteursrecht, hetwelk toekomt aan den maker van het werk, zoomede, na het overlijden des makers, het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken, hetwelk toekomt aan degene, die het als erfgenaam of legataris van den maker verkregen heeft, is niet vatbaar voor beslag". Een dergelijke regeling is in de octrooiwet eveneens onbekend.

Passen wij nu de hierboven verzamelde gegevens toe op programmatuur en het technisch aspect van modellen, dan geloven wij vooralsnog dat de octrooirechtelijke getinte oplossingen aannemelijker zijn dan de auteursrechtelijke. Wij kunnen ons moeilijk voorstellen welke subjectieve motieven een software ontwerper zou kunnen koesteren die tot verandering van zijn werk zouden moeten voeren of tot een verbod van (verdere) publicatie. Evenmin zien wij in dat een bijzondere band van de ontwerper met zijn software zou bestaan, die beslag zou moeten beletten. Met dat al is dit echter niet meer dan een persoonlijke afweging.

Het tweede persoonlijkheidsrecht dat onze aandacht opeist is het *droit de repentir*, het recht om noodzakelijk geachte wijzigingen aan te brengen en eventueel zelfs het werk uit de openbaarheid terug te nemen. Als de auteur eenmaal zijn auteursrecht heeft overgedragen of als hij licenties heeft verleend, zal hij niet dan in bijzondere gevallen een beroep op het recht kunnen doen. Indien echter, zo stellen Verkade/Spoor², het aanbrengen van wijzigingen door de auteur niet of nauwelijks bezwaar kan ontmoeten, dan heeft de auteur het recht tot het aanbrengen van die wijzigingen. Men name doet dat zich voor bij niet-belletristische boeken en andere uitgaven, als deze voor een nieuwe druk 'up to date' gebracht worden.

Het up to date brengen van een boek heeft echter naar onze mening weinig te doen met het persoonlijk karakter dat werk en auteur in bijzondere mate verbindt. Het betreft immers objectieve feiten die niets met de persoon van de auteur te maken hebben, die althans geen uitdrukking zijn van de vormgeving die hem tot de arbeid heeft bewogen: het objectieve feit wordt niet door de auteur, maar door de buitenwereld "gecreëerd". Zo zou men ook ingenieurs een recht kunnen toekennen om van hun licentiehouders te eisen dat zij verbeteringen en nieuwe beveiligingen in hun in licentie gebouwde apparaten aanbrengen, zolang dat objectief en economisch gezien een redelijke eis is. Het '*droit de repentir*' brengt dus wel naar buiten dat er een persoonlijke band tussen maker en werk bestaat - door het enkele feit dat de maker het werk gemaakt heeft - maar indiceert niets omtrent en staat volledig los van het persoonlijk karakter van het werk.

² P. 248.

Nog twee argumenten mogen dit verduidelijken. In werken waar het persoonlijk karakter het zwakst is, de geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, kan het recht van de auteur om zijn tabellen, schema's, e.d. "up to date" te maken van de allerhoogste billijkheid zijn. Daarentegen is toepassing van het *droit de repentir* in werken met het allerhoogste individualiteitsgehalte, ik denk aan zaken als schilderijen, een hoogst twijfelachtige zaak³. Het *droit de repentir* is dus niet geschikt om ons duidelijk te maken wat onder het persoonlijk karakter van een werk moet worden verstaan⁴.

Duidelijker indicaties omtrent de subjectieve aard van het auteursrecht verschaft het *droit au respect*. De auteur heeft het recht zich te verzetten tegen wijziging of aantasting van het werk. Deze materie is in de wet geregeld in artikel 25.

Verkade/Spoor wijzen erop dat bij de vraag of de auteur zich ook na overdracht van het auteursrecht nog tegen wijzigingen kan verzetten, de nadruk moet liggen op het element van nadeel aan de naam of de eer van de auteur of aan zijn waarde in die hoedanigheid⁵. Ten aanzien van non-fiction stellen beide schrijvers vast⁶, is enerzijds een redelijk objectief oordeel mogelijk over de vraag of het al dan niet om verbeteringen gaat; anderzijds raken zakelijke of redactionele wijzigingen in een zakelijk geschrift niet gauw het imago van de auteur als 'maker'. Bij non-fiction werken is het zelfs niet ongebruikelijk dat de auteur met de uitgever overeenkomt dat de laatste bij herdrukken derden het werk kan laten herzien, althans indien de auteur daartoe niet (tijdig) bereid of in staat is⁷.

Het *droit au respect* volgt dus precies de contouren die wij voor het subjectieve werk schetsten. Nadeel aan de naam of de eer van de maker kan alleen ontstaan, als zijn schepping daar veranderd wordt, waar alleen zijn persoonlijke smaak en voorkeur het werk vormgegeven hebben, en waar alleen zijn subjectieve criteria de "controle" van het werk bepaald hebben. Het is daarentegen moeilijk voorstelbaar dat de integriteit van de maker wordt aangetast door een mededeling in overeenstemming te brengen met een (veranderde) werkelijkheid, die geheel buiten hem omgaat. Zolang het werk vooral is toegespitst op de objectieve feiten, zou het juist de eer van de maker te na komen als de inhoud *niet* op tijd zou worden aangepast.

Bezien wij nu de mogelijke toepassing van het *droit au respect* op programmatuur, dan meen ik dat wij zowel algoritme als uitwerking van het algoritme, het geheel dus dat wij gedefinieerd hebben als de logische structuur van het programma als instrument, moeten karakteriseren als non-fiction werk, waarin men alleen zakelijke wijzigingen zal aanbrengen waarvan redelijk objectief te beoordelen valt of het al dan niet om verbeteringen gaat. Het *droit au respect* speelt hier dus een zeer bescheiden of liever ge-

³ Verkade/Spoor, p. 249.

⁴ Des te wonderlijker (tegen de achtergrond van onze redenering) is het om te zien dat artikel 46 van de softwarewet in de Franse Auteurswet het '*droit de repentir ou de retrait*' aan de maker onttrekt. Maar dit is slechts een schijnbare tegenspraak. Het is immers niet de bedoeling de auteur te belten noodzakelijke wijzigingen aan te brengen (daar zal wel niemand tegen zijn) maar met name om de gebruikers in te dekken tegen het misbruik dat een auteur kan maken van zijn recht om een werk uit de openbaarheid terug te nemen. Bovendien moet de gebruiker zelf kunnen bepalen welke wijzigingen wenselijk zijn.

⁵ Verkade/Spoor, p. 253

⁶ Op. cit. p. 251.

⁷ Verkade/Spoor, p. 252.

zegd : geen enkele rol. Het is niet uitgesloten dat de maker van het programma zich mag verzetten tegen bewerkingen of aanpassingen van het programma, maar zolang kan worden aangetoond dat het verbeteringen betreft, kan hij toch moeilijk ongedaanmaking eisen met als argument dat het een vermindering betreft van het persoonlijk karakter dat hij in talrijke keuzes heeft opgebouwd. Sterker nog, hij zal in het geheel geen behoefte daaraan voelen.

Veel moeilijker ligt het probleem bij het technisch aspect van modellen van nijverheid. Het objectief bepaalde en het subjectief bepaalde element kunnen daar zozeer in één vorm verweven zijn, dat men het technische element soms niet verbeteren kan zonder ook het aan de fantasie ontsproten gedeelte mee te moeten veranderen. In dat geval moet de auteur zijn *droit au respect* in al zijn amplexen mogen uitoefenen. Dat betekent dat zelfs als de verbetering in de technische vorm niet meer dan bescheiden aanpassing in de subjectieve vorm vraagt, de auteur reeds daartegen op kan treden. Dit alles uiteraard mits er voldoende ruimte overblijft om de technische innovatie in neutralere of in afwijkende vormen aan de man te brengen. Een voorbeeld moge dit toelichten. Een glasdecorateur heeft een sierlijke decoratie ontworpen voor een serie glazen, die in de vorm alle het dunne, langgerekte gemeen hebben. Ten aanzien van whiskey-glazen heerst echter - zo nemen wij aan - onder het publiek en onder 'deskundigen' de mening dat het bouquet en het genot van de kostbare drank pas in dikke, plompe glazen volledig tot zijn recht komt. Als de fabrikant tot productie van die 'nieuwe lijn' overgaat, meen ik dat de decorateur een beroep mag doen op het *droit au respect* indien hij van mening is dat de decoratie voor de langwerpige glazen zijn effect mist bij de gedrongen glazen.

Is het dus zo dat theoretisch gezien de uitoefening van het *droit au respect* strikt beperkt is tot het subjectieve element, in de praktijk kan het zich uitstrekken tot het objectieve element voorzover dat verregaand ineengesmolten is met de subjectieve componenten. Zoiets is overigens niet alleen bij vormen van nijverheid voorstelbaar maar ook bij romans e.d. Nemen wij het voorbeeld van iemand die een historische roman schrijft over de Maya-cultuur. Hij heeft zich goed gedocumenteerd en gaat uit van de wetenschappelijk algemeen aanvaarde mening dat althans de klassieke Maya-cultuur in een zeer vredelievende samenleving bloeide. Maar enkele jaren later ontdekt men in de jungle van Chiapas fresco's met verschrikkelijke oorlogsscènes. Dit zal mogelijk het historische beeld over de Maya's veranderen, maar uiteraard is de auteur van de zappige historische roman niet verplicht zijn relaas aan deze nieuwe inzichten aan te passen, respectievelijk zodanige aanpassing door zijn uitgever te gedogen. Dat is hij pas, als de persoonlijke trekken in zijn werk uitsluitend dienstbaar zijn aan de objectieve mededeling, als het met andere woorden om een wetenschappelijk werk gaat. Men heeft dan te doen met een zakelijk geschrift, waarin zakelijke wijzigingen worden doorgevoerd.

Als laatste van de persoonlijkheidsrechten nemen wij het *droit à la paternité* onder de loep, het recht op erkenning van het auteurschap met betrekking tot het werk. Hier kunnen wij ons beperken tot de constatering dat dit veeleer een algemeen recht is, dat voor iedere geestelijke prestatie mag gelden, niet alleen voor die prestaties die het persoonlijk stempel van de maker meekregen. De Rijksoctrooiwet heeft in artikel 12 het

recht op naamsvermelding uitdrukkelijk gewaarborgd bij uitvindingen. Maar ook voor op zich onbeschermd fenomeen als methoden en technieken, wetenschappelijke stelsels e.d. zou ik een *droit à la paternité* willen verdedigen. Dat recht zou moeten inhouden, dat de ontwerper van zulk een onbeschermd schepping, die kan bewijzen dat anderen door middel van ontlening hetzelfde systeem e.d. vrijwel onveranderd hebben overgenomen, mag eisen dat daarbij zijn naam en in ieder geval niet de naam van een ander wordt vermeld. Zulks is een algemene regel van maatschappelijk behoren.

B. VERKNOCHTHEID AAN HET LEVEN VAN DE MAKER

Duur van het auteursrecht

Volgens de hoofdregel van artikel 37 lid 1 Aw vervalt het auteursrecht na 50 jaren, te rekenen vanaf de 1e januari van het jaar, volgende op het jaar waarin de auteur is overleden.

Indien men deze regel legt naast die van het octrooirecht, dan is het meest in het oog springende verschil de lengte van de beschermingsduur. Het octrooirecht geldt immers slechts twintig jaren te rekenen van de dag van indiening van de aanvraag die tot het octrooi heeft geleid.

Het is echter niet in de lengte van de beschermingsduur dat het *wezenlijke* verschil met de auteurswet tot uitdrukking komt. Het lijkt immers moeilijk te verdedigen dat de *duur* van de bescherming hoe dan ook door de *aard* van het recht geïndiceerd zou worden. De geldingsduur die men aan een intellectueel eigendomsrecht verleent, is een kwestie van juridische 'policy'; er bestaat geen zware natuurrechtelijke regel die daarvoor een richtlijn geeft. Van wezenlijker aard lijkt me dat andere verschil dat tot nog toe wat minder voor het voetlicht gehaald is, te weten dat de vijftig jaren termijn niet ingaat vanaf het moment van ingaan van het recht, maar vanaf een tijdstip dat afhankelijk is van de dood van de auteur. Een recht dat men zo sterk aan het *leven* van de auteur koppelt, moet wel in hoge mate aan diens *persoon* gekoppeld zijn. Wie de levensduur van de persoon als uitgangspunt neemt, neemt de persoon zelf als uitgangspunt. Is nu het persoonlijk karakter van de technische creaties die wij onderzoeken zo geproforceerd, dat bij de bepaling van de beschermingsduur de dood van de maker als uitgangspunt moet dienen?

Het schijnt ons toe van niet. De eigen inbreng van de maker heeft hij ondergeschikt gemaakt aan het objectief functioneren. De aandacht van de gebruiker of koper gaat ook uit naar dat functioneren, niet naar het eigen stempel dat de auteur heeft achtergelaten op zijn creatie. Men kan stellen dat het eigen karakter op zich genomen niet méér om het lijf heeft dan het eigen karakter dat men ook kan aantreffen bij voortbrengselen waar octrooirecht op rust: maar dit is niet die vorm van oorspronkelijkheid die het auteursrecht vraagt.

Tenslotte wijs ik erop dat, voorzover het computerprogrammatuur betreft, de speciaal hierop betrekking hebbende bepalingen van de nieuwe Franse auteurswet⁸ in beschermingsduur zowel in lengte afwijkt van het algemene auteursrechtelijke stramien, als in het feit dat die beschermingsduur niet gekoppeld is aan het moment van overlijden van de maker. (Art. 48 "Les droits objets du présent titre s'éteignent à l'expiration d'une période de vingt-cinq années comptées de la date de la création du logiciel".)

⁸ Loi no. 85-660 du 3 juillet 1985, J.O. 4 juillet 1985, Gaz. Pal. 1985, 427.

"Het subjectieve auteursrecht ontstaat van rechtswege, zonder formaliteiten, door het enkele scheppen van het werk"⁹.

Het vormvrij ontstaan van auteursrecht wordt gemotiveerd met een beroep op artikel 5 lid 2 Berner Conventie en het achterliggende belang, dat internationale bescherming van de auteur niet in de praktijk verzandt in een onoverzienbare berg van van land tot land verschillende formele verkrijgingseisen. Maar dit argument is niet voldoende; in andere sectoren van de intellectuele eigendom gelden immers onverminderd formele eisen. Wat is de reden van de uitzonderingspositie van het auteursrecht?

Men mag er wellicht van uitgaan dat ook vormvrije verkrijging wortelt in het diepere wezen van het auteursrecht, hoezeer dit ook geloofwaardig lijkt te worden door het feit dat in andere rechtssystemen, met name het Amerikaanse, de verkrijging van auteursrecht van vormvereisten afhankelijk is gesteld.

Als het inderdaad zo is dat de kenmerkende trek van het auteursrechtelijk beschermde werk het eigen en persoonlijk karakter is en dat het gehele auteursrecht en in speciaal de persoonlijkheidsrechten doordrongen zijn van de persoonlijke component in dat werk, dan lijkt het mij voor de hand te liggen dat auteursrecht net zo vormvrij ontstaat als andere rechten die de bescherming van de persoon beogen: het briefgeheim en het portretrecht, om er twee te noemen. Het is immers ondenkbaar dat enig rechtssysteem persoonsbescherming afhankelijk zou stellen van zekere procedurele voorschriften. Nu is het zeker niet overdreven te stellen dat het auteursrecht weliswaar persoonsgebonden is, maar veel minder direct dan de zojuist genoemde voorbeelden, om nog maar te zwijgen van een recht als dat op de integriteit van het eigen lichaam. Er is dus bij de persoonsgebonden rechten sprake van een hiërarchie en misschien zou men de uitoefening van de "lagere" rechten weer wel van formele eisen afhankelijk mogen stellen. Zou deze redenering - afgezien van de argumenten, gestoeld op de Berner Conventie - voor het auteursrecht tot de conclusie kunnen voeren, dat de vormvrije verkrijging niet principieel met het wezen van dat recht samenhangt?

Ik kan het mij moeilijk voorstellen. Artikel 25 van de Auteurswet geeft voorbeelden van rechten, die zozeer met de auteur verbonden zijn, dat hij niet eens de macht heeft ze over te dragen. Een recht, dat in die mate aan iemands persoon gelieerd is, kan men in zijn ontstaan toch niet afhankelijk stellen van het invullen van een formulier en het voldoen van een taxe! Natuurlijk is niet ieder recht van de auteur zo sterk persoonsgebonden, maar de conditie voor het ontstaan van die rechten is steeds gelijk: de scheppingsdaad van de maker.

Ook nu kan men zich weer de vraag stellen, of onze twee proefcategoriën, het technisch aspect van modellen en de computerprogrammatuur, voldoende eigen en persoonlijk karakter hebben om zulk een vormvrij ontstaan van bescherming dwingend te rechtvaardigen.

Op zich genomen is het vormvrij ontstaan van een intellectueel eigendomsrecht in elk domein denkbaar. Dat is een keus van de wetgever. Alleen bij scheppingen met een eigen en persoonlijk karakter vloeit die vormvrijheid dwingend voort uit de aard van het werk zelf.

⁹ Verkade/Spoor, no. 3, p. 3.

Het technisch aspect van modellen en computerprogrammatuur vertoont niet die persoonlijke kenmerken die bescherming ervan tot een onderdeel van de algemene juridische bescherming van de persoon kunnen maken. Zij vormen niet zozeer een eigen uiting van de maker als wel een antwoord op logische problemen. Zo zal wijziging in een computerprogramma hoogstens de technische inzichten van de maker ter discussie stellen, maar niet een aspect dat diens eigenste persoon raakt.

Concluderend kunnen wij zeggen, dat de vormvrije verkrijging van een absoluut recht op een technisch aspect van een model of een computerprogramma niet afgewezen hoeft te worden, maar dat er dan heel andere motieven voor moeten pleiten dan die, welke binnen het auteursrecht opgeld doen.

C. ONTLENINGSTHEORIE EN SUBJECTIEF WERK

Zowel Gerbrandy¹⁰ als Langemeijer¹¹ hebben de problemen rond het hier te behandelende vraagstuk: de ontlening, als buitengewoon moeilijk bestempeld. Dat de oplossing niet voor de hand ligt mag ook wel genoegzaam gedemonstreerd worden uit het feit, dat er sinds de verzuchting van Langemeijer al 25 jaar verwoed en soms op heftige toon gediscussieerd wordt in Nederland.

Onder die condities is het misschien vermetel om zich te laten verleiden tot een noodzakelijkerwijs niet uitputtende - verkenningstocht op het gebied van de ontlenings - theorie. Daartegenover staat dat Van Nieuwenhoven Helbach¹² erop gewezen heeft dat het ontleningsvraagstuk uiteindelijk de wezenlijke aard van het subjectieve auteursrecht aan de orde stelt en aantoonst dat met name hier het auteursrecht wezenlijk afwijkt van het octrooierecht. Deze constatering maken het voor een studie, die zich met de verhouding tussen auteursrecht en techniek bezig houdt, onontbeerlijk om nader in te gaan op de betekenis van de ontlening als element van rechtsschending. Wij zullen ons daar - bij beperken tot de argumenten, die ons het meest wezenlijk lijken.

Ontleningstheorie en Monopolieleer

De monopolieleer gaat ervan uit dat de auteur ieder later werk dat gelijkenis vertoont met het zijne van de markt mag verbannen. Ook als het latere werk geheel onafhankelijk tot stand is gekomen en de gelijkenis dus uitsluitend op toeval berust, mag de eerdere auteur zijn bevoegdheden laten gelden.

De ontleningstheorie daarentegen wil de auteur zijn bevoegdheden slechts laten uit - oefenen tegen die werken, die bewust aan het zijne ontleend zijn. Onafhankelijk tot stand gekomen werk dat toevallige gelijkenis vertoont met eerder werk van een andere auteur, kan door die andere auteur niet verboden worden.

Het mag duidelijk zijn dat problemen van deze aard zich realiter niet zullen voordoen in het domein van de hogere kunst. Niemand maakt Guernica "toevallig" na. In de literatuur is men zich hier ook van bewust. De kwetsbare categorieën zijn de auteurs - rechtelijk beschermde voorwerpen met een oorspronkelijkheidsgehalte dat de aard der zaak vaak gering is. Men denke aan landkaartjes, plattegronden en modellen van nij - verheid. Haentjens en Smit¹³ dragen het goed gekozen voorbeeld aan van twee foto's van een zelfde situatie, die op voor de hand liggende gronden sterke gelijkenis vertonen hoewel ze geheel onafhankelijk tot stand zijn gekomen.

¹⁰ Pfeffer/Gerbrandy, p. 224.

¹¹ Conclusie bij HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403, Vitrigieter.

¹² Van Nieuwenhoven Helbach, Triptiek van Beschermingsomvang, inaugurele rede Utrecht 1966, p. 6.

¹³ De ontleningstheorie in het auteursrecht, NJB 1973, 933 e.v.

Het zijn Hijmans van den Bergh, Langemeijer, Limperg en Wichers Hoeth die voor de monopolieeleer pleiten¹⁴. Aan de kant van de ontleningstheorie vindt men Van Nieuwenhoven Helbach, Gerbrandy, Haentjens en Smit, Komen, Phaf, Spoor en Verkade¹⁵.

Argumenten voor en tegen de ontleningsleer

Het pleidooi vóór de ontleningsleer is door de doctrine met zeer overtuigende argumenten gevoerd. Zowel teleologisch als wetssystematisch en taalkundig-grammaticaal hebben verschillende schrijvers de ontleningsleer een krachtige fundering gegeven.

Aloverheersend komt mij in deze het teleologisch argument voor, te weten dat men door auteurs een monopolie toe te kennen een fundamenteel recht van vrije expressie zou schenden. Eenieder heeft het recht om zich creatief te uiten, ook als het resultaat daarvan onbewuste en onbedoelde overeenstemming vertoont met het eerdere produkt van een ander. Zeer duidelijk is dit argument door Gerbrandy en Van Nieuwenhoven Helbach naar voren gebracht¹⁶.

Er is ook een argument van wetssystematiek aan te voeren. Een monopoliestelsel eist een registratiesysteem: men kan niet van iemand vragen een werk te eerbiedigen, waarvan hij het bestaan niet heeft kunnen weten. De Auteurswet kent zulk een registratiesysteem echter niet; de ontleningseis wordt aldus een uitvloeisel van de eigen systematiek van het auteursrecht¹⁷.

Krachtig in zijn eenvoud is tenslotte het grammaticale argument: de Auteurswet zelf spreekt immers van "bewerking of nabootsing" (art. 13 Aw). Behalve in de doctrine¹⁸ komt men dit argument ook tegen in de lagere jurisprudentie¹⁹. Waar sprake is van bewerking of nabootsing, is vanzelfsprekend ontlening in het geding.

Limperg²⁰ tracht het grammaticaal element om te keren door in art. 13 Aw een nieuwigheidseis te lezen: geen inbreuk op een anterieur werk is er, als de bewerking of nabootsing als een *nieuw* oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt. Als men objectieve nieuwigheid eist, wordt de kwestie of al dan niet ontleend is immers zonder belang: dan is ieder gelijkend werk taboe. Maar Limperg verwaarloost, dat het in art. 13 Aw gaat om werken, die reeds ontleend zijn (door bewerking of nabootsing). Dergelijk werk moet ondanks de ontleende elementen nog voldoende nieuw, oorspronkelijk ka-

¹⁴ Hijmans van den Bergh, noot bij HR25 juni 1965, NJ 1966, 116; Televizier; Langemeijer, conclusie voor HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403; Vitrigieter; Limperg, NJB 1977, 310- 317, RMTh 1970, 280; Wichers Hoeth, RMTh 1967, 56.

¹⁵ Pfeffer/Gerbrandy, p. 226; Haentjens en Smit, NJB 1973, 933 e.v.; Komen/Verkade, no. 40, p. 37; NJB 1977, 554 e.v.; Van Nieuwenhoven Helbach, Triptiek, p. 4 tot en met 7; Boekbespreking BIE 1974, 218; Phaf, BIE 1968, 200; Spoor, AMR 1982, 136; Verkade/Spoor no. 90, p. 112-113).

¹⁶ Pfeffer/Gerbrandy en Van Nieuwenhoven Helbach, Triptiek, t.a.p.

¹⁷ Van Nieuwenhoven Helbach, t.a.p.; Komen/Verkade, NJB 1977, 558.

¹⁸ Verkade/Spoor, p. 113; Komen/Verkade, t.a.p.; Haentjens /Smit, t.a.p., p. 939; Spoor, AMR 1982, 136.

¹⁹ Zie o.a. Hof Arnhem 26 juni 1979, BIE 1980, p. 95; NJ 1980, 583, Chalet Suisse.

²⁰ Limperg, Boekbespreking van: Bescherming van het uiterlijk van produkten, door D.W.F. Verkade, zie BIE 1985, 386.

rakter hebben om de dans bij art. 13 te ontspringen. Art. 13 zegt echter in het geheel niets over niet-ontleende, gelijkenis vertonende voortbrengselen.

Daarnaast moet men zich bewust zijn van het feit dat, zoals met name Van Nieuwen - hoven Helbach in Triptiek heeft aangetoond, het ons omringende buitenland de ontleningstheorie huldigt. Het lijkt weinig zin te hebben om Nederland in dat opzicht te isoleren.

Richten wij nu onze blik op de argumenten tegen de ontleningsleer, dan worden wij allereerst geconfronteerd met het feit, dat men ten onrechte Hoge Raad tot kampioen van deze opvatting heeft willen maken. Dit wordt dan afgeleid uit de zogenaamde radio - programma-arresten. En inderdaad treffen wij in het 2e Radioprogramma-arrest²¹ de volgende passage aan, waarop in een inleidende overweging al gepreludeerd is: "Dat immers gelijk overwogen, bij geschriften zonder persoonlijk karakter inbreuk op het "auteursrecht" op die geschriften slechts bestaat in de vorm van ontlening aan die geschriften zelve, zodat niet oplevert zodanige inbreuk de samenstelling van een geschrift van overeenstemmenden inhoud doch tot stand gebracht op andere wijze dan door ontlening aan het beschermde geschrift".

Wie deze passage leest in het licht van de tegenstelling geschriften met - geschriften zonder persoonlijk karakter, komt allicht tot de slotsom dat de ontleningsgedachte gere - serveerd is voor de geschriften zonder persoonlijk karakter. Maar in dat licht moet de passage helemaal niet worden gelezen. De Hoge Raad doet niet meer dan het Hof op zijn nummer zetten, dat aangenomen had dat de ontlening bij geschriften zonder persoonlijk karakter geen rol speelde; uit de inleidende passage blijkt dat het juist de plaatsing in het auteursrecht is die de ontleningstheorie van toepassing doet zijn op het geval dat een geschrift zonder eigen karakter "gedoubleerd" wordt: het is dit, in de woorden van de Hoge Raad, dat meebrengt "dat den maker van geschriften die niet een eigen of persoonlijk karakter dragen geen verder reikende bescherming toekomt dan die welke den wetgever bij deze uitbreiding kennelijk voor ogen heeft gestaan, te weten het, door ontlening aan het geschrift zelf, "overnemen" van deszelfs inhoud".

Mij lijkt dus dat nota bene het arrest dat wordt aangehaald ter afwijzing van de ontleningstheorie, deze in werkelijkheid ondersteunt. De motieven waarop de literatuur het tegendeel aanneemt, zijn nooit zeer expliciet naar voren gebracht. Misschien heeft men het gezag van de noot van Hijmans van den Bergh laten gelden. Zelfs aanhangers van de ontleningstheorie hebben zich gelaten in de op een veroordeling uitlopende interpretatie geschikt²². Met name Spoor heeft zich echter uit de ban van die heersende interpretatie losgescheurd. Ook hij meent, dat de Hoge Raad de ontleningstheorie huldigt. Hij doet zijn hypothese steunen op het Vitri-gieter arrest²³.

Wat de lagere jurisprudentie betreft, zowel bij Haentjens en Smit²⁴ als bij Verkade/Spoor²⁵ vernemen we van een zekere voorkeur voor de ontleningstheorie.

²¹ HR 27 januari 1961, AA 1961, 179, nt. Hirsch Ballin, NJ 1962, 355 nt. H.B.

²² Haentjens en Smit, p. 938; Komen/Verkade, no. 40, p. 27.

²³ Spoor, AMR 1982, 137.

²⁴ T.a.p., p. 940.

²⁵ Voor wat betreft de recentere jurisprudentie, zie p. 112.

De felste aanval op de ontleningstheorie is zonder twijfel gedaan door Limperg²⁶. Op enige van diens argumenten veroorloven wij ons in te gaan. Limperg stelt allereerst dat de ontleningstheorie de eiser met een onmogelijk bewijs opzadelt (hoe te bewijzen dat de gedaagde het model van eiser heeft gekend en geplagieerd?) en aldus het auteursrecht van de makers "bijkans illusoir" maakt. Maar volgens Van Nieuwenhoven Helbach²⁷ (die in ieder geval voor gedaagde, de mogelijkheid wil openlaten te bewijzen dat hij van het werk van eiser niet op de hoogte heeft kunnen zijn) zal de rechter in geval van een erg frappante overeenkomst een feitelijk vermoeden van ontlening kunnen gronden. Aldus wordt de bewijslast omgekeerd: gedaagde zal dan aannemelijk moeten maken dat hij niet ontleend heeft. Limperg meent dat het aldus toch weer neerkomt op de oplossing van de monopolietheorie. Dat is echter niet juist: de bewijslastverdeling mag dan in veel gevallen de beslissende factor zijn, het materieelrechtelijke ontleningsprincipe laat toch een genuanceerder en rechtvaardiger beslissing toe dan de monopolietheorie. Wij kunnen het niet met Limperg eens zijn, dat ook zonder de ontleningsleer de positie van gedaagde wel voldoende comfortabel is. De monopolietheorie werkt onrechtvaardig als ze zelfs zeer eenvoudige vormen beschermt, waarvan bij wijze van spreken al bij hun verschijnen te verwachten valt dat ooit onafhankelijke gelijkende vormen op zullen duiken. Men kan voorzien dat de rechter dan liever zal aannemen dat de voorganger niet origineel was dan dat hij de opvolger als rechtsschender kwalificeert. Komen en Verkade²⁸ tonen zelfs aan dat de rechter daartoe door de logica van Limperg zelve gedwongen zal zijn! Dit hangt samen met Limpergs tweede stelling: gelijkenis, zo stelt hij, wijst *altijd* op plagiaat; nooit komen twee makers onafhankelijk tot een identieke schepping. Dus zeggen Komen en Verkade, als iemand *bewijzen* kan dat hij onafhankelijk heeft geschapen, kan het in Limpergs redenering niet om een voorwerp met eigen karakter gaan. Wij sluiten hiermee de, noodzakelijkerwijs erg summier gehouden, behandeling van de ontleningsproblematiek af; op grond van aangevoerde beweegredenen menen wij met overtuiging vóór de ontleningstheorie te mogen kiezen.

De vraag die zich nu voordoet is vast te stellen of, zoals Van Nieuwenhoven Helbach suggereerde, de ontleningseis samenhangt met de aard van het auteursrecht en zo ja, hoe; met name moeten wij bezien of hieruit aanwijzingen te distilleren zijn die de theorie van het subjectief werk kunnen adstrueren.

Samenhang van het ontleningsvereiste met de leer van het subjectieve werk

Het is wonderlijk te constateren dat de voorstanders van de ontleningstheorie in Nederland zich hebben uitgeput in het opsporen van tekenen die op de toepasselijkheid van die theorie wijzen, zonder evenwel de ultieme grond van die theorie te sonderen. Haentjens en Smit²⁹ zijn er nog het dichtste bij gekomen toen zij als vijfde argument voor de ontleningstheorie aanvoerden: "5. De originaliteit/creativiteit. Wanneer wij als uitgangspunt nemen de originaliteit, deze relatief opvallend zodat de scheppende daad

²⁶ Limperg, NJB 1977, 310-317.

²⁷ Zie Triptiek, p. 8; Komen/Verkade NJB 1977, 558, sub 11; Verkade/Spoor, t.a.p.; zie ook Pfeffer/Gerbrandy, p. 226.

²⁸ NJB 1977, 557.

²⁹ Haentjens en Smit, t.a.p. p. 939-940.

centraal staat (...) dan vloeit hieruit logisch voort dat degene, die een werk creëert dat achteraf al blijkt te bestaan, maar daarvan niet op de hoogte was en dacht origineel te zijn, bescherming geniet".

Maar de werkelijke vraag is waarom nu juist de originaliteit als uitgangspunt wordt genomen! Het antwoord is zo voor de hand liggend dat de bovengenoemde auteurs het misschien geen aparte vermelding waard vonden; ten onrechte, want dit raakt de diepste kern van de zaak. Het is namelijk juist omdat het het *persoonlijk* stempel is van de maker, dat beschermd wordt, dat de originaliteit als criterium voor de beschermings-omvang dient. Het is daarom dat de scheppende daad centraal staat. Het is daarom dat een onafhankelijke schepping bescherming geniet: immers wat autonoom uit de geest van X voortspruit is een persoonlijke vondst, ook al heeft Y eerder een persoonlijke creativiteitsuitbarsting gehad die een soortgelijk resultaat het aanzijn gaf.

Pas als men beseft dat de originaliteit niet een waarderingscriterium is maar een verwijzing naar de strikt persoonlijke herkomst, beseft men waarom deze relatief moet worden opgevat zodat, in de woorden van Haentjens en Smit, de scheppende daad centraal staat.

Zeer sober en helder heeft Desbois dit tot uitdrukking gebracht³⁰: "... l'œuvre est protégée, parce qu'elle est l'expression d'une personnalité, en raison de l'originalité, de la facture personnelle".

Dit maakt duidelijk dat het auteursrecht al van nature niet kan dienen om de, positievere, eigen creativiteit van een ander te knevelen. Wat aan een eigen persoonlijkheid ontspruit is per definitie geen plagiaat van het persoonlijk stempel van een ander. Het is dus in feite niet zo dat het respect voor de vrije creatieve expressie ons moet doen opteren voor de ontleningstheorie, maar dat de eerbiediging daarvan al van het begin af aan *voortvloeit* uit de aan het auteursrecht inherente ontleningsgedachte!

Wat zijn nu de scheppingen met een persoonlijk stempel waarop Desbois doelt, en voor wie wij de ontleningstheorie als een onontkoombaarheid aanmerken?

In ieder geval niet de voortbrengselen die wij bij het octrooirecht onderbrengen! Een onafhankelijke her-uitvinder is rechteloos ten opzichte van de uitvinder die reeds octrooi voor de vinding heeft aangevraagd. Dit verschil in oplossing tussen auteurs- en octrooirecht valt naar mijn mening ook te verdedigen. Wie een uitvinding herhaalt levert niet alleen naar resultaat hetzelfde maar ook naar "inspanning", in die zin, dat aan beide uitvindingen eenzelfde wezenlijk inzicht in de logica en de natuurwetten ten grondslag ligt en dat uit de hoek van twee verschillende personen licht is geworpen op één en dezelfde oplossing, die van universeel karakter is, dat wil zeggen algemeen geldend.

Dit universele, algemeen geldende karakter ontbreekt bij de individuele creativiteit. Men heeft niet gepoogd om tot een constructie te komen, die als het ware buiten de eigen persoon lag en die voor iedereen en elke situatie gold. Men heeft in tegendeel alleen de eigen persoon geraadpleegd: de auteursrechtelijk beschermde schepping is er een van uitsluitend eigen en persoonlijk karakter. Dat belet niet dat gelijkende scheppingen kunnen opduiken. Maar dan is niet eenzelfde fenomeen twee keer "ontdekt", maar hebben twee verschillende "ontdekkingen" een gelijkend resultaat.

³⁰ Desbois, no. 117, p. 131.

Er is dus een scheidslijn te trekken tussen het domein waar een monopolie uitgesloten is en daar waar het wel denkbaar is; voor auteursrechtelijk beschermde scheppingen is het uitgesloten. Waar brengen wij nu onze twee proefcategorieën onder, de computerprogrammatuur en het technisch aspect van modellen van nijverheid?

Het lijdt voor mij geen twijfel dat degenen die bij de twee genoemde categorieën op onafhankelijke wijze tot een identieke of gelijkende schepping komt, een tweede keer dezelfde oplossing presenteert. Het eigen en persoonlijk stempel komt niet tot stand zolang de persoonlijke keuzes ondergeschikt worden gemaakt aan een objectieve toetsing aan de logica en natuurwetten.

Aldus hangt de leer van het subjectieve werk ten nauwste samen met de ontlenings-theorie.

Conclusie

Wij zullen nu de uitkomsten van Hoofdstuk VI in verband brengen met onze twee centrale vragen.

Vooreerst: verraden die uitkomsten dat het auteursrecht in aanleg bedoeld is voor de bescherming van subjectief werk?

Ik meen dat wij op voldoende 'symptomen' hebben gewezen die duiden op een systeem dat gericht is op de bescherming van subjectief werk. Daarbij mag men zich niet blindstaren op het feit dat deze of gene regel op zich genomen misschien ook denkbaar kan zijn in een systeem dat technisch werk beschermt. Men moet de regeling van het auteursrecht als geheel bezien, en dan blijkt dat die zich richt op een persoonlijke band tussen maker en schepping die anders is dan de relatie die een ingenieur met zijn werk heeft. Dat blijkt als men de zeer expliciete aandacht voor de persoonlijkheidsrechten combineert met het vormvrij ontstaan van het recht, met de beschermingsduur die gekoppeld is aan het leven van de maker en met het feit dat men in meerderheid een bescherming tegen ontlening voorstaat - want wie tegen ontlening beschermt, beschermt niet zozeer de prestatie als wel de auteur.

Inderdaad is de band van de auteur met zijn werk specifiek persoonlijk van aard. Het is zijn persoonlijke smaak die soeverein beslist over het uiterlijk van het werk. Maar waar het persoonlijk element soeverein is, draagt het ook de volle 'verantwoordelijkheid' voor het werk. De persoon heeft zich in het werk blootgegeven en in min-dere of meerdere mate kwetsbaar gemaakt: vandaar het dikke veiligheidskoord dat men om het oorspronkelijk werk heeft gelegd. Dit ligt bij technisch werk fundamenteel anders. Ook als daar meerdere keuzes denkbaar zijn, wordt de vormgeving toch in hoofdzaak bepaald door de eis dat zij moet kunnen functioneren. De eigen smaak van de ontwerper is veel minder soeverein en draagt dus ook veel minder verantwoordelijkheid; zij kan dan ook met veel minder bescherming toe.

Een regeling als die in de Auteurswet die de persoonlijke band van de auteur met zijn werk buitengewoon zorgvuldig ontziet moet dus wel met het oog op subjectief werk zijn geschapen. Overigens zijn er ook nu weer bepalingen die zich maar met moeite op technisch werk laten toepassen. In de discussie rond de computerprogrammatuur heeft bijvoorbeeld de lange beschermingstermijn een inmiddels haast traditionele rol als zwart schaap toebedeeld gekregen. Denken wij echter aan het droit au respect en aan het droit

de publication, dan zijn ook die in het beste geval gedwongen tot een rol van verborgen werkeloosheid in de wereld van de nijverheid: daarbij laten wij dan nog terzijde dat ze ook misbruikt kunnen worden.

Onze tweede centrale vraag luidde, hoe deze op het subjectieve werk toegesneden bepalingen moeten worden toegepast als men besluit om tòch bepaalde categorieën van technisch werk auteursrechtelijk te gaan beschermen.

Wat betreft de persoonlijkheidsrechten meen ik dat het de voorkeur verdient om deze in het technisch domein geheel opzij te zetten, met uitzondering van het *droit à la paternité* en het *droit au respect* in het op p. 151 geschetste geval. De overige persoonlijkheidsrechten zijn in de technische sfeer òf onmogelijk òf overbodig. Om misverstanden of misbruik te voorkomen kan men ze dan beter ecarteren, of men moet voldoende vertrouwen hebben in de barrière die wordt opgeworpen door artikel 25 lid 1 sub b en lid 4. Daar wordt bepaald dat het verzet van de auteur om zich tegen wijziging te verzetten niet in strijd met de redelijkheid mag worden uitgeoefend, en dat de bevoegdheid om na overdracht van het auteursrecht nog wijzigingen aan te brengen is gebonden aan wat hem naar regels van maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaat. Waar de wetgever deze 'heilige' rechten zo uitdrukkelijk heeft gebonden aan de goede trouw en de redelijkheid, lijkt het een verantwoorde conclusie dat *iedere* uitoefening van de persoonlijkheidsrechten aan die voorwaarden moet voldoen. In dat geval zijn de persoonlijkheidsrechten in het technisch domein nutteloos, maar onschadelijk.

Geen bezwaar bestaat er tegen het vormvrij ontstaan van een auteursrecht op programmatuur; anders ligt dat weer voor het punt van de beschermingsduur. Daar zou een aangepaste regeling de voorkeur verdienen. Er zijn echter ook stemmen die niet zo zwaar tillen aan de lange beschermingstermijn. Wat daar ook van zij, er is geen reden dat de lange beschermingstermijn niet zou kunnen worden teruggebracht ten behoeve van technisch werk. De redenen die pleiten voor de zeer lange duur zijn ons inziens specifiek voor subjectief werk en komen te vervallen als het om objectief werk gaat. Iets anders is natuurlijk of men de termijn ook wil veranderen. Misschien zal men toch meer voelen voor een uniforme termijn voor het hele auteursrecht. Overigens is het werk ook bij langdurige bescherming alleen tegen ontlening beschermd. De auteur bezit dus geen volstrekt monopolie. Dit kan het door sommigen gevreesde innovatie-remmende effect van de 50-jaren termijn enigszins mitigeren.

Uit het voorgaande blijkt reeds dat wij ook als het om de bescherming van technisch werk gaat, kiezen voor een ontleningsstelsel. Weliswaar vloeit dat bij technische creaties niet, zoals bij subjectief werk, uit de aard van de prestatie zelve voort. Maar wanneer men voor het auteursrecht als beschermingsvorm kiest, moet men alleen van de bestaande regelingen afwijken als daar zwaarwegende gronden voor bestaan, en die zijn er hier mijns inziens niet.

Maken wij, steeds er vanuit gaande dat auteursrecht van toepassing is, de balans op, dan zijn er twee punten waar de wetgever kan overwegen om in te grijpen. Het is raadzaam dat hij de persoonlijkheidsrechten uitsluit van toepassing op technisch werk. Daarnaast moet hij een beslissing nemen of hij de beschermingstermijn ongewijzigd laat of dat hij een kortere termijn vestigt voor de bescherming van technisch werk en inzonderheid programmatuur. Om redenen die wij reeds op p. 122 vermeldde, hebben wij ook in dit hoofdstuk het technisch aspect van modellen op de achtergrond gelaten.

Overigens zou het voor onze conclusies geen verschil hebben gemaakt indien wij dit probleem uitgebreider aan de orde hadden gesteld.

Combineren wij deze resultaten met de uitkomsten van ons onderzoek naar de verknoctheid van het auteursrecht met het uiterlijk van het werk (p. 144) dan blijkt dat deze in teneur niet erg ver uit elkaar lopen. Het auteursrecht is in aanleg niet bedoeld voor technisch werk en dat blijkt ook uit de wet. Niettemin kan men met bescherming door het auteursrecht een heel eind komen, mits men bereid is dat recht met enige souplesse toe te passen op een wijze die is aangepast aan het geval. Daarvoor zou niet eens een wetswijziging nodig zijn. Als de wetgever toch zijn stem verheft, dan lijken het begrip 'gebruiken', de beschermingsduur en de persoonlijkheidsrechten het meest in aanmerking te komen voor een particuliere regeling.

De kern van deze studie werd gevormd door de verdediging van de leer van het subjectieve werk, die een criterium voorstelt om 'technische' en 'oorspronkelijke' prestaties naar hun aard te onderscheiden. Volgens deze leer is bepalend voor de vraag of een werk eigen en persoonlijk karakter heeft, de toets waaraan de maker dat werk onderwerpt. Alleen als die toets subjectief van karakter is, als dus de eigen smaak of het eigen oordeel van de maker beslissend zijn, heeft een werk een eigen en persoonlijk karakter in de zin van de Auteurswet.

Indien de toets die de maker aanlegt daarentegen objectief van karakter is, kan er geen sprake zijn van een werk met eigen en persoonlijk karakter in de zin van de Auteurswet. De toets is objectief van karakter als gecontroleerd wordt of de creatie ook naar behoren functioneert. Daarvoor worden immers objectieve maatstaven aangelegd. Het feit dat de ontwerper een persoonlijke keuze kan doen uit gelijkwaardige mogelijkheden die alle een bepaalde functie naar behoren vervullen, verleent aan die mogelijkheden ieder voor zich genomen nog geen persoonlijk karakter. Voordat de maker tot zijn keus komt, heeft hij immers al als criterium gesteld dat de te kiezen mogelijkheid naar behoren moet functioneren: en dat bestempelt ieder van de mogelijkheden op zich reeds tot een aan objectieve maatstaven getoetste, 'technische' prestatie.

Auteursrechtelijk te beschermen werk moet dus een oorspronkelijk karakter hebben, in die zin dat het, bij gebreke aan objectieve criteria, onderworpen is geweest aan de subjectieve toets van de maker.

Het is tegen de achtergrond van die these dat de voorliggende studie is opgebouwd. Deel I, onderverdeeld in vier hoofdstukken, hebben wij gewijd aan een onderzoek naar het oorspronkelijkheidsvereiste en de interpretatie daarvan naar de leer van het subjectieve werk.

In Hoofdstuk I hebben wij allereerst onderzocht of het zijn van oorspronkelijk werk inderdaad het enige criterium is voor het genieten van auteursrecht. Daarbij doet zich met name de vraag voor of het auteursrecht niet méér eist dan louter oorspronkelijkheid en of, speciaal met betrekking tot siermodellen, de eis van 'kunstzinnigheid' niet een hogere drempel opwerpt. De kwestie is voor ons onderwerp van belang, omdat het voor een Auteurswet die uitsluitend Kunst met een grote K beschermt veel meer voor

de hand zou liggen alle of vrijwel alle technische prestaties van bescherming uit te sluiten, dan voor een Auteurswet die zich ontfermt over alles wat een oorspronkelijk werk oplevert.

Het auteursrecht stelt naar onze mening echter de eis van kunstzinnigheid niet, óók niet als het om de bescherming van (sier-)modellen van nijverheid gaat. Deze slotsom gaat schijnbaar lijnrecht in tegen de uitdrukkelijke tekst van artikel 21 BTMW. Artikel 21 van de BTMW eist immers duidelijke kunstzinnigheid, wil een model auteursrechtelijk beschermd worden. Maar ondanks die schijnbaar ondubbelzinnige tekst pleiten zowel de achtergrond tegen welke artikel 21 BTMW tot stand is gekomen (de oude Belgische Auteurswet beschermde alle modellen, ook de banale) als het feit dat het criterium van duidelijke kunstzinnigheid als maatstaf moeilijk te hanteren is voor de rechter, als de te vrezen consequenties in het kader van de Berner Conventie, ervoor om in plaats van 'duidelijke kunstzinnigheid' gewoon 'oorspronkelijkheid' te lezen. Een meerderheid van de schrijvers voelt ook voor die oplossing. In Hoofdstuk I hebben wij verdedigd, dat enige paradoxale teksten in de Memorie van Toelichting, die niet met de voorgestane opvatting lijken te stroken, daar bij nader inzien toch heel wel in zijn in te passen. De wetgever is er impliciet vanuit gegaan dat de vormgeving van modellen zowel vanuit functioneel als vanuit een 'oorspronkelijk' oogpunt tot stand kan komen. Als men zich uitsluitend op het functionele aspect geconcentreerd heeft, is er geen reden om de vormgeving auteursrechtelijk te beschermen. Die is er pas, als aan de vormgeving enige aandacht is besteed en dat, zo vraagt de wetgever, moet 'duidelijk' oftewel herkenbaar zijn. Er worden dus geen hogere eisen gesteld dan anders; ook zeer lelijke vormen bijvoorbeeld zullen beschermd zijn, als maar 'duidelijk' is dat ze om der wille van de vormgeving tot stand zijn gekomen en niet als een onbewuste corollaire zonder eigen betekenis van een technisch ontwerp.

Daarnaast stelt de wetgever dan nog dat niet voldoende is dat de vorm die men aan het model toevoegt als zodanig origineel is, maar dat de oorspronkelijkheid integendeel moet liggen in de wijze waarop men de oorspronkelijke en de functionele vorm combineert: het aanbrengen van een Eiffeltorentje op een object is als zodanig niet voldoende om het model dat daardoor ontstaat in zijn geheel te beschermen. Auteursrechtelijke bescherming komt pas in aanmerking als men object en 'decoratie' op een oorspronkelijke wijze heeft verbonden. Interpreteert men de teksten van de Memorie van Toelichting op de voorgestelde wijze, dan worden haar passages van hun innerlijke tegenspraak ontdaan; bovendien blijkt dan eens te meer dat de wetgever met het gebruik van de term 'duidelijk kunstzinnig' niet voornemens was de oorspronkelijkheidseis bij (sier-)modellen te vervangen door een zwaardere kunstzinnigheidseis. Waar hij het heeft over 'duidelijk kunstzinnig', bedoelt hij in wezen 'duidelijk oorspronkelijk'. Aldus kiezen wij voor oorspronkelijkheid (ofwel: originaliteit, eigen en persoonlijk karakter) als enig criterium voor bescherming door het auteursrecht. Vervolgens was het onze taak dat oorspronkelijkheidsvereiste nader te omlijnen en te zien of het moet leiden tot uitsluiting van technische prestaties. Met een beroep op de hierboven reeds kort uiteengezette leer van het subjectief werk, verdedigden wij inderdaad dat technisch werk geen 'oorspronkelijk werk' in de zin van het auteursrecht kan opleveren.

In Hoofdstuk II hebben wij ons gebogen over de vraag of er, bij gebreke aan auteursrechtelijke bescherming, andere mogelijkheden bestonden voor een juridische be-

scherming van het technisch effect van, inzonderheid, modellen van nijverheid. Daarbij stond met name de vraag centraal wat de betekenis is van de uitsluiting van het technisch effect in artikel 2 lid 1 van de BTMW. Op grond van onze keuze voor een uitleg, waarbij al die *elementen* van een model die noodzakelijk zijn voor het bereiken van een technisch effect, van bescherming zijn uitgesloten (apparaat-gerichte leer), concludeerden wij dat het technisch effect ook bij de BTMW geen soelaas vindt. Wij verwierpen de resultaat-gerichte leer, die meer mogelijkheden ziet voor bescherming van het technisch effect onder de BTMW. Tenslotte onderzochten wij de toepassing van de theorie van het subjectieve werk op een speciale categorie van modellen: bouwwerken.

In Hoofdstuk III hebben wij onderzocht welke consequenties de toepassing van de leer van het subjectieve werk heeft ten aanzien van weliswaar niet technisch, doch anderszins objectief bepaalde vormen, te weten geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, aardrijkskundige kaarten, schetsen e.a., wetenschappelijke werken en 'weergaven'. De uitkomsten van de door ons voorgestane theorie bleken hier aan te sluiten bij de traditionele oplossingen.

In Hoofdstuk IV stelden wij de auteursrechtelijke bescherming van programmatuur aan de orde, voor zover dit de logische structuur van het programma als instrument betrof. Ons literatuuronderzoek legde een kluwen van meestentijds ingewikkelde, bepaald niet altijd met elkaar in overeenstemming zijnde opvattingen bloot. Het vraagstuk wordt nog extra gecompliceerd als men het onderscheid tussen een niet-beschermde 'centraal algoritme' en een wel te beschermen oorspronkelijke uitwerking van dat algoritme invoert.

Past men daarentegen de theorie van het subjectieve werk toe, dan moet de conclusie kortweg luiden dat de logische structuur van een computerprogramma als instrument een objectief getoetste prestatie is en mitsdien niet als oorspronkelijk werk in de zin van de Auteurswet beschermd kan worden. Dat wil nog niet zeggen dat daarmee ook iedere hoop op auteursrechtelijke bescherming van programmatuur is afgesneden. Wij bepleiten een bescherming analoog aan een andere prestatie zonder eigen en persoonlijk karakter die reeds in de Auteurswet figureert, te weten het geschrift zonder eigen en persoonlijk karakter. Dit heeft als bijkomend voordeel dat de Hoge Raad in het Radio-programma-III-arrest ruimte heeft gelaten voor een op het bijzondere geval toegespitste invulling van de Auteurswet. Wij geloven daarom dat het enerzijds de eenvoud dient en anderzijds alleen maar nuttig kan zijn, rechtstreeks te constateren dat programmatuur als zodanig eigen en persoonlijk karakter ontbeert.

In Deel II van deze studie hebben wij getracht aan te tonen, dat de bepalingen van de Auteurswet inderdaad in aanleg op subjectief werk zijn toegesneden. In aansluiting daarop hebben wij onderzocht in hoeverre deze op subjectief werk toegesneden bepalingen niettemin dienstig kunnen zijn voor de bescherming van, met name, computerprogrammatuur. De bescherming van het technisch aspect van modellen van nijverheid is in dit deel naar de achtergrond gedrongen, en wordt meestal slechts in het voorbijgaan meegenomen als wij over 'technische prestaties' in het algemeen spreken. Voornaamste reden daarvoor is, dat als de BTMW het technische aspect van modellen categorisch en nadrukkelijk van bescherming uitsluit, en tot die opvatting bekenden wij

ons in Hoofdstuk II, het auteursrecht niet de roeping heeft om deze door de wetgever kennelijk gewilde leemte op te vullen.

In Hoofdstuk V onderzochten wij de begrippen openbaar maken, verveelvoudigen en gebruiken. Het begrippenpaar openbaar maken en verveelvoudigen, dat in de Auteurswet centraal staat, vormde naar onze mening een instrumentarium dat slechts met enige improvisatie op technisch werk kan worden toegepast. Zeker is dat een wetgever die van den beginne af aan toepassing van het auteursrecht op technisch werk voorzien en bedoeld had, een andere terminologie zou hebben gekozen. Die indruk wordt nog versterkt als blijkt dat het begrip "gebruiken" (in of voor bedrijf of beroep) dat in de technische sfeer nu juist wel centraal staat, in de Auteurswet niet echt apart aan bod komt. Aangaande de toepassing in de praktijk van genoemde begrippen menen wij dat, terwijl ten aanzien van de begrippen openbaar maken en verveelvoudigen geen problemen hoeven op te treden, het wenselijk is dat, indien de wetgever ook het *gebruiken* van programmatuur tot een uitsluitend recht van de auteursrechthebbende wil maken, te dien einde een aparte bepaling in de wet wordt opgenomen.

In Hoofdstuk VI stelden wij tenslotte de specifieke band van de maker met zijn persoonlijke creatie aan de orde. Bezieet men het geheel van regelingen die op die band betrekking hebben, dan dringt het idee zich op dat alleen maar bedoeld kan zijn de specifieke band die de maker met een oorspronkelijk, subjectief werk verbindt en niet de band die bestaat tussen een ontwerper en zijn technische creatie die van een andere aard is. Wil men programmatuur auteursrechtelijk beschermen, dan komt het dienstig voor om de toepassing van de persoonlijkheidsrechten in dat verband uit te sluiten. Voorts voelden wij voor een aanpassing van de lange beschermingsduur van het auteursrecht.

Daarnaast gaven wij als onze mening te kennen dat het auteursrecht uitsluitend tegen onlening beschermt en dat er geen reden is dat regime niet ook op programmatuur toe te passen.

Als resultante van Deel II mocht gelden dat men met het auteursrecht als juridische beschermingsvorm voor programmatuur een heel eind kan komen, mits men bereid is dat recht met enige souplesse toe te passen op een wijze die is aangepast aan het geval.

Tot besluit willen wij trachten een bondig antwoord te formuleren op de in de inleiding van dit werk gestelde vraag, of het auteursrecht geroepen is het technisch aspect van modellen en computerprogrammatuur te beschermen.

Met betrekking tot het technisch aspect van modellen van nijverheid kunnen wij kort zijn. Het antwoord is neen: het technisch aspect van modellen komt niet in aanmerking voor bescherming door het auteursrecht. Nog afgezien van het feit, dat de leer van het subjectieve werk eigen en persoonlijk karakter ontzegt aan iedere technische prestatie, zou auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect in conflict komen met artikel 2 lid 1 van de BTMW, dat van bescherming uitsluit datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. En of men die uitsluiting nu beperkt of categorisch opvat, de Auteurswet is in geen geval geroepen om in de aldus door de wetgever gewilde kleinere respectievelijk grotere bres te springen. Overigens vatten wij de uitsluiting inderdaad categorisch op, zoals in Hoofdstuk II is verdedigd.

Bij deze argumenten voegt zich dan nog het feit dat de Auteurswet een bescherming biedt die is toegesneden op vormgeving, en dat toepassing van het verveelvoudigings - criterium van de Auteurswet derhalve tot grillige en ongerijmde resultaten kan leiden.

Tenslotte kan men nog aanvoeren dat er voor de bescherming van het technisch aspect een, beter daarop toegesneden, gebruiksmodellenwet te maken is en trouwens ook op stapel staat.

De kwestie van de computerprogrammatuur vraagt een genuanceerder benadering. Van eigen en persoonlijk karakter is ook hier, gemeten naar de subjectieve leer, geen sprake. Wel kan men een bescherming construeren analoog aan die van de geschriften zonder eigen en persoonlijk karakter. Een dergelijke bescherming is plooibaar en bergt veel creatieve mogelijkheden in zich die aanpassing van de juridische bescherming aan de eisen van de praktijk vergemakkelijken. De mogelijkheid van een creatieve toepassing van het auteursrecht is uitdrukkelijk opengehouden in het Radioprogramma-III-arrest, waar de Hoge Raad preludeert op het feit dat vreemde eenden in de bijt van het auteursrecht op een aangepast dieet gezet mogen worden. Dit maakt het mogelijk dat hoewel de beschermingsbepalingen van de Auteurswet in aanleg niet op de bescherming van technische prestaties zijn toegeschreven, toch in veel gevallen een misschien bescheiden, maar redelijk functionerende bescherming kan worden geboden.

In principe zijn wij dus bereid de auteursrechtelijke bescherming van programmatuur groen licht te geven. Op enkele punten menen wij niettemin dat verduidelijking of aanvulling door de wetgever gewenst is. Met name is zulks gewenst als men het gebruiken van programmatuur in het kader van de uitoefening van een bedrijf tot de prerogatieven van de auteursrechthebbende wenst te rekenen. Daarnaast menen wij dat de toepassing van de persoonlijkheidsrechten ten aanzien van programmatuur weinig zin heeft en bovendien tot verwarring kan leiden, zodat men ze beter kan uitsluiten. En tenslotte denken wij dat een beschermingsduur die loopt tot vijftig jaar na de dood van de maker toch wel enigszins excessief is, al verzekeren sommigen ons dat de vooruitgang van de techniek hierdoor niet belemmerd zal worden.

Doel van deze studie is echter niet geweest, keuzes te forceren. Vóór alles hebben wij beoogd, een analyse te presenteren die de discussie en het denken over de juridische bescherming van technische prestaties via de Auteurswet en de BTMW kon verhelderen. Aldus hopen wij een opbouwende bijdrage aan het debat geleverd te hebben.

L'œuvre originale comme 'œuvre à caractère subjectif'

Le but de cette étude a été de trouver une explication à l'exclusion de la technique du domaine du droit d'auteur et de savoir si cette explication suffit à rendre l'exclusion nécessaire.

La règle de l'exclusion de la technique du domaine du droit d'auteur a été remise en question depuis quelque temps. De nouvelles techniques ont fait leur apparition. A leur égard on a voulu invoquer la protection du droit d'auteur. S'il est évident que c'est avant tout la révolution dans le domaine de l'informatique et le désir de créer une protection juridique des logiciels qui a attiré l'attention sur le problème indiqué, ce dernier ne se limite pas à cette catégorie de créations. En effet, pour toute création à des fins utiles se pose la même question: dès lors, nous avons donné autant d'attention au problème moins pressant mais plus ancien qui se pose à l'égard de l'effet technique des modèles.

Afin de savoir si la protection du droit d'auteur peut s'étendre aux créations techniques ou utiles, on a dû se poser la question si celles-ci peuvent être originales au sens du droit d'auteur. Dans le droit d'auteur, la notion d'originalité se réfère à l'empreinte personnelle d'une création, comme l'exprime Desbois: "... l'œuvre est protégée, parce qu' elle est l'expression d'une personnalité, en raison de l'originalité, de la facture personnelle"¹. Or les créations techniques ne révèlent pas la personnalité du créateur. On peut le vérifier en faisant l'analyse du contrôle qui est effectué par le créateur d'une œuvre après l'avoir terminée. Pour ce qui est des œuvres techniques, on vérifiera si elles fonctionnent, si elles sont capables de bien remplir leurs tâches. On y applique donc un contrôle selon des critères objectifs. Si la création ne répond pas à ces conditions, elle sera remplacée par une autre forme, même si sa forme plaît au créateur. Il en va tout différemment dans le domaine des formes dites "originales". Ici, le contrôle auquel est soumis l'œuvre est de nature subjective: c'est le goût de l'auteur, et rien d'autre, qui décide de l'œuvre. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, on peut parler de

¹ Desbois, no. 117, p. 131; V. aussi Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, no. 67-69.

l'empreinte personnelle d'une œuvre: ce n'est pas la vérification selon des critères objectifs qui a décidé de sa forme, mais c'est le jugement individuel et subjectif qui l'emporte: c'est cette idée que nous proposons comme la théorie de l'œuvre subjective.

A propos des logiciels, une partie importante de la doctrine s'est rendue à l'opinion que le fait qu'on ait opéré un choix original entre plusieurs possibilités, peut constituer le caractère original d'une création: deux programmeurs chargés de résoudre un même problème d'un certain niveau n'arriveront jamais au même résultat. La théorie de l'œuvre subjective ne peut affirmer cette thèse pour les logiciels en tant qu'instruments: une fois qu'il est établi que la création est de nature technique et a été soumise à un contrôle objectif (et c'est le cas pour tous les logiciels), c'est ce caractère technique qui reste dominant. La création ne saurait gagner ensuite - c'est à dire après le contrôle objectif - un caractère subjectif et original grâce au fait qu'on ait 'choisi' cette possibilité en la préférant à telle autre. C'est l'œuvre elle-même qui doit être originale, non pas le choix par lequel on l'a préférée à une autre.

En ce qui concerne les modèles, on trouvera très souvent des créations qui combinent des éléments de forme soumis à la vérification objective et des éléments de forme soumis à l'examen subjectif et individuel de l'auteur. Ne prenons que le simple exemple d'une fourchette: sa destination utile exige qu'elle ait une manche et des dents, mais ne donne pas des indications sur la forme concrète que l'ustensile doit revêtir. Celle-ci est déterminée, et contrôlée, selon les goûts de l'auteur. Nous avons désigné les modèles qui combinent ces deux éléments de forme par le terme 'forme ouverte': quoique la forme doit obéir à certaines règles abstraites pour remplir sa tâche utile, ces préceptes ne pourraient déterminer ultérieurement la forme concrète.

Plus rares sont les formes qui sont quasi-totalement ou même entièrement déterminées par leur 'vocation utile': on pourrait penser au motif zigzag d'un pneu antidérapant. Ce sont ces formes-là que nous avons appelées les 'formes purement fonctionnelles'. Puisque les logiciels sont, pour ce qui est de l'aspect fonctionnel, tout à fait soumis au contrôle objectif, il faut les considérer comme des formes purement fonctionnelles. Ils ne rentrent pas dans la catégorie des formes ouvertes, car, comme on l'a vu ci-dessus, le fait qu'on puisse, par un 'choix original', arriver à telle solution ou telle modification d'une solution, ne prête pas de caractère original au sens du droit d'auteur à la création, tant qu'elle reste soumise à des exigences utiles donc objectivement fixées.

Afin d'éviter un malentendu nous ajoutons que ces formes 'purement fonctionnelles' constituent une catégorie beaucoup plus restreinte que les formes dites fonctionnelles qu'on rencontre dans la langue courante; en fait, ces dernières formes sont presque toujours des 'formes ouvertes'. L'artiste qui nous présente une fourchette à forme dite fonctionnelle, ne l'a pas moins soumis à un examen subjectif, et un autre artiste pourrait nous montrer une fourchette 'fonctionnelle' d'une propre conception esthétique très différente.

Dans le cadre de cette étude, deux problèmes se sont posés sur l'interprétation de la loi uniforme Bénélux en matière de dessins ou modèles: on les a traités dans les chapitres I et II.

La notion même de l'originalité est en jeu quand il s'agit de l'interprétation de l'article 21 de la loi uniforme. On sait qu'en estimant l'originalité d'une œuvre, la doctrine et la jurisprudence font preuve d'une très grande indulgence. Or l'article 21 risque fort de créer des malentendus sur l'intention du législateur à propos de ce 'seuil facile': "Sont exclus de la protection résultant de la législation sur le droit d'auteur les dessins ou modèles qui n'ont pas un *caractère artistique marqué*". Contrairement à ce que cet article semble indiquer, le législateur n'a pas voulu instaurer un autre critère qui exige un niveau esthétique plus élevé que la simple originalité. Par l'usage du vocabulaire fort accentué dont il s'est servi en rédigeant l'article 21 il a voulu nous semble-t-il, mettre hors de doute qu'après l'entrée en vigueur de la loi uniforme, il serait mis fin à la protection du droit d'auteur s'étendant même sur les modèles non-originales, protection qui jusqu'alors existait en Belgique.

Le problème mentionné est compliqué par plusieurs textes insérés dans l'exposé des motifs. Mais pour éviter la confusion il suffit de se rendre compte que le législateur a voulu prévenir un développement fâcheux qui n'était pas imaginaire - surtout pas dans le domaine des modèles -, à savoir que par une attitude trop indulgente le seuil déjà modeste du droit d'auteur serait complètement rasé. Sa crainte était inspirée par le fait que la forme des créations utiles n'est pas toujours déterminée par le souci de créer une forme bien précise, mais pourrait être uniquement un corollaire de la création technique sans aucune importance ou originalité propre.

Tel créateur d'une fourchette peut attacher de l'importance à la forme concrète; tel autre ne voudra que se nourrir. Pour ce dernier ne comptent que la manche et les quatre dents; son esprit n'est en aucune façon préoccupé par la moindre aspiration esthétique. C'est dans ce cas, lorsque le créateur n'a donné ni de soin ni la moindre attention à la forme ou même quand on peut se douter des préoccupations de l'auteur, que le législateur n'a pas voulu protéger. C'est pourquoi il a exigé que le caractère artistique (l'exposé des motifs donne des indications sur le mot 'artistique' qui ne veut dire autre chose qu'"original") soit 'marqué', ou, dans la version néerlandaise, 'duidelijk' (clair, évident). Qu'importe la qualité esthétique de la forme (l'originalité suffit), mais il reste nécessaire que la forme ait été l'objet de quelques traitements esthétiques particuliers.

D'autre part il fallait éviter que cette qualité de 'caractère artistique marqué' soit obtenue en incorporant une œuvre originale à n'importe quel modèle de n'importe quelle façon. Là encore, la simple idée d'incorporer la tour Eiffel au presse-papier ne garantit en rien que cette incorporation en elle-même ait été l'objet de quelque préoccupation esthétique. C'est pourtant ce qu'exige la loi, en précisant que cette préoccupation doit apparaître d'une façon évidente dans la forme définitive.

C'est sur ces arguments-là que nous préconisons une interprétation de l'article 21 apparentant le 'caractère artistique marqué' à la simple originalité. C'est important de l'observer aussi dans le cadre de cet étude, car si on recherche les possibilités d'une

protection de créations techniques par le droit d'auteur, l'exigence d'un caractère artistique marqué pris à la lettre aurait barré la route dès le premier pas.

Dans le chapitre II, nous nous sommes occupés d'un autre problème considéré en fonction de la loi uniforme Bénélux. Il s'agissait de savoir si, dans le cas où le droit d'auteur serait inapplicable aux créations techniques comme nous le croyons, ils ressembleraient d'autres moyens de protection. Le code civil et le droit de la concurrence déloyale ne pouvant fournir, à notre avis, aucun espoir à cet égard, il nous reste la loi uniforme, qui toutefois dans son article 2.1^o exclut de sa protection "ce qui est indispensable à l'obtention d'un effet technique". C'est également un texte qui a pu prêter à la confusion. En effet on peut interpréter la règle de l'article 2.1^o de deux façons. On peut y lire: "est exclu de la protection tout *élément* du modèle qui est utile à l'obtention d'un effet technique". Ceci aboutit à une exclusion catégorique de tout effet technique de la protection assurée par la loi uniforme. On peut en revanche envisager une autre solution en lisant dans l'article 2.1^o: un modèle est exclu de la protection si l'effet technique obtenu par ce modèle ne peut être réalisé par d'autres voies. Or cette explication serait beaucoup moins catégorique dans son exclusion. C'est pourtant pour le premier système, impliquant l'exclusion générale de tout effet technique, que l'on a opté. D'abord une interprétation stricte peut éviter certaines incertitudes et incohérences qui pourraient, à notre avis, résulter d'une autre option. De plus, le législateur a probablement visé cette interprétation en énonçant la règle susdite.

L'application du critère de 'l'œuvre à caractère subjectif' sur d'autres catégories d'œuvres ayant des traits 'objectifs'

Une fois la théorie de l'œuvre subjective adoptée, son importance ne se limiterait pas aux seuls cas où une création technique serait en jeu; elle engloberait toutes les situations où la forme d'une œuvre serait déterminée par des données autres que celles qui trouvent leur source uniquement dans la fantaisie de l'auteur. Apart des formes qui sont destinées à procurer un effet technique, il y en a d'autres qui ne sont pas moins déterminées par des critères objectifs: par exemple les cartes géographiques, certains dessins et les œuvres scientifiques. En outre il y a les écrits sans caractère original, catégorie qui pose des problèmes propres aux Pays-Bas où tout écrit, indépendamment de son caractère original ou non, jouit de la protection du droit d'auteur.

Le but de ces créations n'est pas de produire un effet utile, mais de constituer, en quelque sorte, une représentation qui suit une donnée ou un exemple extérieurs, de sorte que la fantaisie de l'auteur ne peut pas jouer dans ce domaine. C'est dans cette mesure que la fantaisie est exclue, que la création ne sera pas soumise au droit d'auteur. Cette conclusion n'est nullement surprenante: elle entre dans le cadre des solutions depuis toujours consacrées par la doctrine et la jurisprudence, à l'exception des œuvres scientifiques qui donnent lieu à discussion dans la doctrine. La démarche traditionnelle était de faire une distinction entre la forme et le contenu de ces œuvres: la forme pouvait être protégée mais le contenu ne jouissait pas du droit d'auteur. Récemment des voix se sont élevées qui ont soutenu que le contenu scientifique peut très bien avoir un caractère original. Nous avons estimé pourtant que tout écrit scientifique accepte d'être soumis -

et se veut soumis - à l'examen de la logique dans la mesure où cela est possible dans le domaine en question. Dans l'œuvre qui se veut scientifique on ne louera pas le triomphe de la libre fantaisie. Ce n'est d'ailleurs pas le but poursuivi par l'auteur. Cette volonté tendant à se soumettre à l'examen objectif, qui nous a fait décider de qualifier tout contenu scientifique comme 'œuvre objective'.

Dans le chapitre IV nous avons abordé le problème de l'originalité des logiciels. Il ne s'agit donc pas encore de prendre partie dans la question générale, notamment si le droit d'auteur peut fournir une protection juridique acceptable pour les logiciels. Il fallait vérifier d'abord si les logiciels pouvaient posséder un caractère original dans le sens du droit d'auteur.

La question ayant un caractère international, on ne s'est pas borné à un examen de la doctrine et jurisprudence néerlandaises. En faisant le bilan il faut constater que l'unanimité est loin d'être établie même sur les principes les plus fondamentaux et que la matière reste extrêmement compliquée. La théorie de l'œuvre à caractère subjectif s'ajoutant au multitude des solutions proposées, son idée est au moins simple. Le logiciel étant, au fond, un instrument dont la forme est entièrement soumise à une vérification objective, cette création ne peut revêtir le caractère original qu'exige le droit d'auteur. En effet, le contrôle exercé par le créateur d'un logiciel n'entend vérifier que sa capacité à remplir sa tâche utile; c'est la première condition qu'on pose. Le caractère esthétique de la solution, s'il existe déjà, n'entre en compte qu'après, mais alors le caractère objectif de l'œuvre est déjà établi.

On a déjà fait mention de la particularité du système néerlandais consistant en la protection de tous les écrits, originaux ou non. Un tel système peut offrir un moyen d'esquiver la question de l'originalité en classant les logiciels dans les rangs des 'écrits sans caractère propre ou original'. Il faut ajouter toutefois que cette même particularité est fort critiquée par la doctrine, ce qui pourrait inciter à interpréter cette exception d'une façon restrictive et ne pas y faire entrer de nouvelles espèces comme les logiciels. D'autre part, ce qui rend extrêmement alléchant cette possibilité, c'est que la jurisprudence du 'Hoge Raad' a facilité une application du droit d'auteur qui serait adaptée au caractère spécial des écrits sans originalité. Or une telle application adaptée au caractère de l'espèce nous semble bien intéressante pour le cas des logiciels. Dès lors, nous avons proposé une protection des logiciels par analogie à celle des écrits sans caractère propre ou original.

Ainsi se termine la première partie de notre étude, partie consacrée à l'originalité requise et à l'interprétation que nous en proposons, s'attachant à la notion de 'l'œuvre subjective'.

Traces dans la loi affirmant la thèse de l'œuvre à caractère subjectif

Une théorie identifiant l'œuvre originale comme une œuvre à caractère subjectif n'aurait pas de sens si cette interprétation n'était pas pour ainsi dire nécessitée par la cohérence interne de la loi. Ce n'est que par là que l'exclusion de la technique entraînée par notre interprétation pourra trouver une légitimation. On a donc cherché si on pouvait, des formules et du système de la loi, tirer des arguments corroborant notre

thèse sur l'œuvre à caractère subjectif. En même temps on a voulu éclaircir si de telles indications sauraient former un obstacle à l'application du droit d'auteur aux logiciels. La protection des logiciels par le droit d'auteur jouit d'une faveur toujours croissante; plutôt qu'en rester sur une condamnation orthodoxe de cette protection, il a semblé utile de déterminer d'avance où des problèmes pourraient se manifester et d'y remédier en proposant des solutions.

Ainsi que l'établit le chapitre V, la loi néerlandaise octroie à l'auteur le droit de publier (*openbaar maken*) et de multiplier (*verveelvoudigen*) l'œuvre. Aucuns de ces deux pouvoirs ne semble viser des créations techniques. Le droit de publication, dans le sens grammatical, ne semble guère se rapporter aux créations techniques; pourtant le législateur a soutenu, à l'époque (1912), que le terme choisi exprimait clairement ce qu'il voulait dire. En ce qui concerne le droit de multiplier l'œuvre, ce droit englobe, dans le système néerlandais, deux notions différentes, à savoir *reproduire* et *transformer* (traduire, adapter). Surtout la notion de transformer ne semble pas être taillée pour être appliquée à une création technique. En droit d'auteur, l'étendue de la protection contre des adaptations est déterminée à partir de la forme concrète. Dans le domaine de la technique en revanche il faut de préférence employer un critère qui s'attache, pas à la simple forme extérieure, mais au principe abstrait de la solution, indépendamment de la forme concrète.

De plus, il faut constater que le législateur n'a point réglé l'utilisation des créations. Cela aurait été assez improbable s'il avait envisagé l'application du droit d'auteur à l'effet technique de certaines de ces créations. Ces constatations font naître un doute assez fort si le législateur ait jamais eu l'intention d'appliquer le droit d'auteur aux créations utiles. Néanmoins, la pratique prouve que l'on a pu arriver à des solutions tout à fait acceptables en appliquant, avec une certaine élasticité, le régime du droit d'auteur. Toutefois sans l'intervention du législateur on ne se sortira pas du problème de l'utilisation des logiciels.

Le chapitre VI met en lumière la relation spécifique qui existe entre l'auteur et son œuvre. La loi a consacré cette relation: sans même parler du droit moral, on peut constater que la protection existe dès la création de l'œuvre et que la période de cette protection est liée à (la fin de) la vie de l'auteur. En outre, le fait que le droit d'auteur ne protège que contre des adaptations de l'œuvre, et non pas contre des œuvres semblables qui ont été créées indépendamment, semble affirmer que ce n'est pas l'œuvre comme phénomène isolé, qui est protégé, mais justement le lien entre cette œuvre et son auteur. Il est vrai qu'aucun de ces arguments donne, en soi, la preuve incontestable du caractère subjectif de l'œuvre-objet du droit d'auteur, mais dans leur ensemble, ils nous semblent fournir une indication très forte. Ainsi l'application de ces règles sur les logiciels ne va pas sans problèmes: le rôle du droit moral devrait au moins être réduit, et on pourrait se poser la question si ces œuvres doivent être protégées pendant une si longue période attachée à la vie du créateur.

Néanmoins on pourra accueillir, avec quelques aménagements, les logiciels sous le parapluie du droit d'auteur. Il en va autrement pour l'effet technique des modèles. D'abord, nous nous sommes défendus contre l'idée de les protéger par la loi uniforme Bénélux: alors il ne faut pas qu'une protection du droit d'auteur se glisse dans cette

lacune voulue expressément par le législateur. Si on n'exclue pas tout effet technique de la protection de la loi uniforme, thèse que nous rejetons, on ne fait que déplacer le problème. Car dans cette thèse également on se trouvera face à une catégorie d'œuvres auxquelles la protection de la loi de modèles doit être refusée et pour laquelle on invoquera alors le droit d'auteur: à quel titre refuser la protection, une fois qu'on a admis le principe que l'effet technique original tombe sous le droit d'auteur? Il serait donc mieux d'oublier toute protection de l'effet technique des modèles par le droit d'auteur: inutile de dire qu'à part des arguments tirés de la loi uniforme, le fait que le droit d'auteur ne soit pas adapté pour être appliqué aux créations utiles, comme on l'a démontré aux chapitres V et VI, milite dans le même sens.

En définissant l'œuvre originale comme une œuvre qui est soumise à un contrôle individuel et subjectif de l'auteur, on a tâché de tracer une délimitation entre l'œuvre originale et la création technique. Cette formule peut s'appliquer partout où il s'agit de distinguer des œuvres subjectives et des créations objectives ou même des éléments subjectifs et objectifs entremêlés dans une même œuvre ou objet. En outre, elle a pu servir pour identifier les règles qui peuvent causer des problèmes quand appliquées aux œuvres 'objectives'. Ainsi elle facilitera l'analyse des difficultés qui peuvent se présenter quand on va étendre la protection du droit d'auteur aux créations 'objectives'.

LIJST VAN ENIGE GEBRUIKTE TERMEN

ALGORITME	Werkvoorschrift dat in een stapsgewijze procedure tot een resultaat voert. In deze studie wordt de kern van de probleemoplossing van een computerprogramma als 'het algoritme' van dat programma aangeduid. Ook de 'uitwerking' van een programma heeft een algoritmische structuur; in deze studie echter onderscheiden wij tussen die 'uitwerking' en het 'centrale algoritme' oftewel, kortweg, 'het algoritme'. Vgl. p. 87, 99.
APPARAATGERICHTE LEER	Interpretatie van artikel 2 lid 1 BTMW die stelt dat in ieder model (apparaat) afzonderlijk moet worden onderscheiden tussen de elementen die al dan niet noodzakelijk zijn voor het verkrijgen van het technisch effect. Tegenhanger van de resultaatgerichte leer. Vgl. p. 31 e.v., 35 e.v., 40 e.v.
CENTRAAL ALGORITME CREATIE	Zie algoritme. kan zowel op technisch als op oorspronkelijk werk duiden: verzamelterm. Meestal toegespitst: oorspronkelijke creatie t.o.v. technische creatie.
CREATIVITEIT	Verzamelterm voor zowel 'auteursrechtelijke' creativiteit (oorspronkelijkheid) als voor 'technische' creativiteit (inventiviteit).
FUNCTIONEEL	dat wat een nuttig effect dient, en wel het <i>aspect</i> van een vorm dat diensug is tot het nuttig effect. Te onderscheiden van 'functionele vormgeving' in het dagelijks spraakgebruik, vgl. p. 24.
GEVOLGVORM INVENTIEF WERK	Vorm die een nuttig effect beoogt, vgl. p. 55. werk waar technische creativiteit aan ten grondslag heeft gelegen; technisch werk. NB NIET is bedoeld werk met 'uitvindingshoogte' in de zin van het octrooirecht: alle nuttige voorwerpen zijn met behulp van de 'inventieve' capaciteiten van de mens tot stand gekomen. Vgl. p. 21 e.v.
INVENTIVITEIT	Creativiteit in het technische vlak. Tegenhanger van oorspronkelijkheid of originaliteit. NB NIET is bedoeld het vinden van oplossingen met uitvindingshoogte in de zin van het octrooirecht. Vgl. p. 21 e.v.
KEUZE LOGISCHE CONSTRUCTIE VAN PROGRAMMATUUR	Zie: oorspronkelijke keuze. De constructie en de volgorde van arbeidsschappen die de computer in staat stellen een nuttige functie te vervullen, zoals die kan zijn verwezenlijkt in verschillende (fasen van) software- c.q. programmatuurprodukten. Vgl. p. 90 e.v.

MODELLEN	In deze studie worden met modellen bedoeld siermodellen van nijverheid, tenzij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat het om gebruiksmodellen gaat.
OBJECTIEF WERK	Dat werk of die elementen van werk die niet door de wil of de smaak van de maker worden bepaald. Tegenhanger van subjectief werk. Onder objectief werk vallen de gevolg-vormen, de volgvormen en computerprogrammatuur, al dit werk wordt door de maker aan een objectieve toets onderworpen. Vgl. p. 22, 55 e.v., 109 e.v.
OPEN VORM	Vormen die een technische functie hebben maar waarvan het uiterlijk daardoor slechts mede bepaald wordt. Tegenhanger van puur functionele vormen. Vgl. p. 22, 24, 25.
OORSPRONKELIJKE KEUZE	Het element waarin volgens een in brede kring aangehangen leer het oorspronkelijke element van technische scheppingen en in het bijzonder computerprogrammatuur kan schuilen: de opvolgende keuzes die een ontwerper doet verlenen zijn schepping een origineel karakter als onwaarschijnlijk wordt dat anderen de opgave op dezelfde wijze zouden oplossen. Afgewezen in de subjectieve leer. Vgl. p. 25
OORSPRONKELIJKHEID	= Originaliteit = eigen en persoonlijk karakter = tegenhanger van inventiviteit of technische creativiteit. Oorspronkelijkheid impliceert geen kunstzinnigheid. Vgl. Hoofdstuk I.
PUUR FUNCTIONEEL	Louter technisch bepaald. Een vorm is puur functioneel als zijn uiterlijk geheel door objectieve eisen wordt bepaald (radiaalband). Tegenhanger van 'open vormen'. Vgl. p. 22, 23, 24.
PROGRAMMATUUR	In deze studie verstaan wij onder programmatuur de werk-procedure die het een computer mogelijk maakt om in een aantal arbeidsstappen tot een probleemoplossing te komen, ongeacht of die procedure in software of in chips is belichaamd dan wel in flow charts of ander begeleidend materiaal.
RESULTAATGERICHTE LEER	De interpretatie van artikel 2 lid 1 BTMW die ervan uitgaat dat een vorm pas noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect wanneer dat effect (redelijkerwijs) niet op een andere wijze bereikt kan worden. Vgl. p. 31, 33. Tegenhanger van de apparaatgerichte leer.
SOFTWARE	Het geheel van programmatuurproducten voor zover die niet in hardware (chips of geïntegreerde circuits of topografieën van halfgeleiders) zijn geïncorporeerd. Vgl. p. 88.
SUBJECTIEVE LEER	Verkorte aanduiding voor: leer van het subjectieve werk. Vgl. p. 22.
SUBJECTIEF WERK	Interpretatie van het oorspronkelijkheidsvereiste naar de leer van het subjectief werk, subjectief werk = oorspron-

kelijk werk met dien verstande, dat alleen die vorm oorspronkelijk is, die uiting is van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen; het gaat daarbij om vormen ten aanzien waarvan de maker een uitsluitend *subjectieve* controle aanlegt: hij kijkt uitsluitend of de vorm hem 'bevalt' of niet. Tegenhanger van objectief werk. Zie p. 21 e.v., 25-27.

TECHNISCH WERK

Werk dat gericht is op het verwezenlijken van een nuttig effect en dat door de maker dan ook aan een objectieve toets wordt onderworpen (functioneert het?). Tegenhanger van subjectief of oorspronkelijk werk. Vgl. o.m. p. 3, 21. Zie technisch werk.

TECHNISCHE VORM TOPOGRAFIEEN VAN HALFGELEIDERS VOLGVORM

Chips. Vgl. p. 89

Vorm die objectief bepaald wordt door een buiten hem liggend voorbeeld, systeem, schema, studieobject etc. maar die als zodanig geen nuttig effect teweeg kan brengen. Vgl. p.55, 56.

VORMVARIATIE

Variatie van een open vorm waarbij het technische principe ongewijzigd blijft.

LITERATUURLIJST

(Vetgedrukte cijfers verwijzen naar de pagina's)

HANDBOEKEN EN MONOGRAFIEËN

- BEAUFORT, H.L. de Auteursrecht, Zwolle 1932 - 3, 27, 57, 81, 113, 126
- BRAUN, A. en EVRARD, J.J. Droit des dessins et modèles au Benelux, Brussel 1975 - 11, 17, 33
- CHERPILLOD, I. L'objet du droit d'auteur, Lausanne 1985 - 70, 71, 102
- DIETZ, A. Das Droit moral des Urheber im neuen französischen und deutschen Urheberrecht, München 1968 - 148
- DESBOIS, H. Le droit d'auteur en France. 2e geheel herziene druk, Parijs 1973 - 148, 160, 171
- DIJK, W. van Modellenrecht, Amsterdam 1975 - 11, 14
- DRUCKER, W.H. en BODENHAUSEN, G.H.C. Kort begrip van het recht betreffende intellectuele eigendom, 6e druk, bewerkt door L. Wichers Hoeth, Zwolle 1984 - 3, 7, 11, 12, 27, 46, 79, 95, 129
- GROSHEIDE, F.W. Auteursrecht op maat, prft, Deventer 1986 - 68, 70, 95
- ISACKER, F van De morele rechten van de auteur, Brussel 1961 - 148
- KOEHLER, R. Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, München, 1968 - 99, 131
- KOMEN, A. en VERKADE, D.W.F. Compendium van het auteursrecht, Deventer 1970 - 3, 4, 7, 27, 51, 64, 157, 158, 159
- KUMMER, M. Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968 - 94, 109
- LIMPERG, Th. Praktijkgids voor de bescherming van vormgeving tegen plagiaat, Deventer 1978 - 7, 34
- LINGEN, L. van Auteursrecht in hoofdlijnen, 2e druk, Alphen a.d. Rijn 1984 - 3, 7, 27, 51, 61, 64, 68, 78, 95, 99, 100, 114, 126, 129, 148
- LUCAS, A. La protection des créations industrielles abstraites, Parijs 1975 - 94, 109, 171
- MARTENS, S.K. Onrechtmatige daad in het sociaal-economisch verkeer (VI), nr. 25, 2 - 7, 8
- NIEUWENHOVEN Industriële eigendom en Mededingingsrecht, 7e druk, Arnhem 1983 - 11, 35, 46
- HELBACH, E.A. van Handelsrecht, Zwolle 1981 - 12
- OVEN, A. van

PFEFFER, H.	Kort commentaar op de Auteurswet 1912, 2e druk, bewerkt door mr. S. Gerbrandy, Haarlem 1973 - 3, 7, 51, 57, 68, 78, 80, 95, 99, 113, 126, 129, 156, 157, 159
SIDLER, P.	Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht, Basel 1968 - 94
SPOOR, J.H.	Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht, prft, Groningen 1976 - 78
ULMER, E.	Urheber- und Verlagsrecht, 3e druk, Berlijn 1980 - 85
VANDENBERGHE, G.P.V.	Bescherming van computersoftware, Reeks informatica en recht, dl. 1, Antwerpen-Deventer 1984 - 87, 95, 97, 99
VERKADE, D.W.F.	Bescherming van het uiterlijk van produkten, Deventer 1985 - 6, 7, 8, 11, 12, 13, 17, 18, 32, 34, 35, 44, 46, 80
VERKADE, D.W.F.	Juridische bescherming van programmatuur, 2e herziene druk, Alphen a.d. Rijn-Brussel 1986 - 86, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 103, 113, 114, 130, 138, 143
VERKADE, D.W.F.	Ongeoorloofde mededinging, 2e druk, Zwolle 1986 - 39, 41
VERKADE, D.W.F. en SPOOR, J.H.	Auteursrecht, Deventer 1985 - 13, 44, 48, 61, 64, 68, 79, 99, 126, 129, 148, 149, 150, 154, 157, 158, 159
WITTMER, H.R.	Der Schutz von computersoftware, Urheberrecht oder Sonderrecht, Basel 1981 - 87, 88, 90, 92, 101, 102, 142
ARTIKELEN	
AXSTER, H. en O.	Die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Rechenprogrammen, Der Betriebsberater, Heft 15/30, mei 1967 - 95
BERTRAND, A.R.	Le concept d'originalité en droit d'auteur et son application aux logiciels: droit français et droit comparé, Expertises 1986, 68-80 - 94
BETTEN, J.	Zum Rechtsschutz von Computerprogrammen, Mitt. 1983, 62 - 92, 94, 100, 109
BODENHAUSEN, G.H.C.	De rechmatigheid van technische navolging, NJB 1954, 365 - 19
BOEKMANSTICHTING	Gedeelten van het rapport van de Commissie voor het Auteursrecht van de Dr. E. Boekmanstichting, uitgebracht in opdracht van de Nederlandse Federatie van Beroepsverenigingen van Kunstenaars, NJB 1968, 250 - 11, 23

BORKING, J.J.	Een gat in de auteurswet objectcode niet beschermd, Informatie jg 25 nr. 4, 1983 - 95
-	Octrooirechtelijke en auteursrechtelijke bescherming van programmatuur in een aantal Europese landen, In - formaue jg 26 nr. 12, 1984
BRANDI-DOHRN, M.	Zur Reichweite und Durchsetzung des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 1985, 179 - 99, 100, 101, 141, 142
COHEN-JEHORAM, H.	Auteursrecht en modellenbescherming, NJB 1968, 883 - 11
-	De auteurswet gewijzigd, NJB 1973, 525 - 11
-	Nogmaals, auteursrecht en modellenbescherming, NJB 1974, 1181 - 11, 12
-	Bespreking van het boek: Droit des dessins et modèles au Benelux (A. Braun, J.J. Evrard), RMTh 1976 - 33
-	De verhouding tussen modellenrechtelijke en auteurs - rechtelijke bescherming van industriële vormgeving in Continentaal West-Europa, NJB 1981, 695 - 11
-	Wat heet kunst in industriële vormgeving?, AMR 1982, 119 - 6, 7
-	Cumulatieve rechtsbescherming van industriële vorm - geving en de eenheid van de intellectuele eigendom, BIE 1984, 183 - 11
DIETZ, A	Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogram - men in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Her - ausforderung des Urheberrechts, BIE 1983, 305 e v. - 94, 100, 105
ENGELN, Th.C.J.A. van	Prestatiebescherming: een tip van de sluier?, BIE 1986, 263 - 45, 137
GOTZEN, F.	De eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of model - len, Rechtskundig Weekblad 1974-1975, 2119 e.v. - 11
HAARDT, W.L	De Benelux Merkenwet en Modellenwet contra het E.E.G.-Executieverdrag, NJB 1974, 981
-	Het recht op een tekening of model en het auteursrecht, NJB 1974, 1173 - 11
HABERSTUMPF, H.	Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142 - 138, 141
-	Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Compu - terprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985, GRUR 1986, 222 - 87, 96, 97, 99, 100, 101, 103, 105
HAENTJENS, R.C.P. en SMIT, H.J	De ontleeningstheorie in het auteursrecht, NJB 1977, 933 - 156-159
HIRSCH BALLIN, E.D.	De herziening der Auteurswet, WPNR 1953, 4299

HIRSCH BALLIN, E D	Het NBW, Rechten van de scheppende mens, WPNR 1953, 4303 (p 335) - 57 Pseudo-auteursrechtelijke programmabescherming, NJB 1966, 710 - 57
HUGENHOLTZ, P B	Juridische bescherming van Chips, BIE 1985, 127 - 89, 98, 115
-	Softwarebescherming, een tussenstand voor de thuisblijvers, AMR 1984, 90 - 95, 99, 100
-	Computerprogramma's een nieuwe categorie werken?, AMR 1985, 32 - 95, 113
JONG, A A de	Aspecten van de wettelijke bescherming van applicatieapparatuur, Informatie 1981, 446 - 95, 100
KINDERMANN, M	Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 - 142
KNIPSCHEER, J W	Plagiaat in 25 jaar architectenraad tuchtspraak, AMR 1982, 127 - 49, 50
KOLLE, G	Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht, GRUR 1974, 7 - 87-89
-	Der Rechtsschutz der computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443 - 87-89, 99
KOLLE, G en ULMER, E	Der Urheberrechtsschutz von computerprogrammen, GRUR int 1982, 489 - 97, 100, 101, 102, 131, 144
KOMARNICKI, E R J Z en LIMPERG, Th	Het recht op bescherming van werken van beoefenaars van het kunstambacht en de gevolgen ervan voor de bescherming van tekeningen van de industrie, BIE 1979, 155
KOMEN, A en VERKADE, D W F	De ontleeningstheorie en andere auteursrechtelijke zwakheden, NJB 1977, 554 - 157, 159
KOOY, P A C E van der	Modellen tussen wal en schip?, NJB 1985, 14 - 34, 35
LEHMANN, M	Aktuelle kartell- und wettbewerbsrechtliche Probleme der Lizenzierung von urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen, Der Betriebsberater 1985, 1209 - 144
LEIJTEN, J P	Nabootsing, bescherming van vormgeving van producten naar huidige en toekomstige nederlandse recht, AA 1971, 339 e v - 7
LIMPERG, Th.	Bescherming van het werk van de architect, naar nederlandse recht, Bouw 1951, 439 e v , 506 e v - 48
-	De Bescherming van tekeningen en modellen van nijverheid naar nederlandse recht, NV XXXVI (1958-1959), p 81 - 7

LIMPERG, Th.	Le projet de loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles, RIDA XXXXII, 1964, p.159 - 11
-	Boekbespreking RMTh 1970, 275 e.v. - 157
-	De Ontleningstheorie in het Auteursrecht, NJB 1977, 317 - 7, 157, 159
-	Boekbespreking (van: Verkade, "Bescherming van uiterlijk van produkten"), BIE 1985, 383 - 24
-	In hoeverre is de 'plot' van een verhaal, toncelwerk of film tegen inbreuk beschermd? AMR 1980, 24 e v - 134
MAEIJER, J M.M.	Samenloop van auteursrecht en modellenrecht bij bescherming van werken van toegepaste kunst, BIE 1974, 225 - 11
MARIS	Bijdrage in: Hijmans van den Bergh-bundel "Met eer - biedigende werking", Deventer 1971 - 39
MEDEDELINGEN BIE	Mededelingen BIE, BIE 1981, 84, 1982, 58 en 1983, 234/235 - 41
MOLIJN	Benelux verdrag inzake tekeningen/modellen, met bijlage: Brussel 25-10-1966, BIE 1975, 38 - 11
NIEUWENHOVEN	
HELBACH, E.A. van	Triptiek van beschermingsomvang, Inaugurele rede, Utrecht 1966 - 156, 157, 159
-	Boekbespreking, BIE 1974, 217 - 157
-	"Technische" modellen, BIE 1986, 203 - 36, 37, 39, 41
-	Beschermingsomvang van het modellenrecht, BIE 1986, 32 - 37, 41, 42
NORDEMANN, W.	Das Computerprogramm als urheberrechtlich geschütztes Werk, Festschrift für Roeder IV, 1982, p. 297
PERRET, F.	La protection des prestations en droit privé suisse, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 1977, 2. Halbband, 275 - 142
PETERS, Ph.	Bescherming van elektronische videospelen, Computerrecht 1984 (2), 23
PHAF, W M J.C.	Reactie op het rapport van de Commissie voor het Auteursrecht van de Dr E. Boekmanschtung, NJB 1968, 385 - 11, 12
-	Boekbespreking BIE 1968, 200 - 157
POOL, J. van der	Software en het recht, NRC Handelsblad 2 jan. 1985 - 110
RANITZ, R.E P. de	Ontwerp gebruiksmodellenwet; een verslag, IER 1985, p. 7 en 8 - 41
REDACTIE GRUR	Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, 300 - 100, 130, 138, 143

REIMER, D.	Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissen - schaftlicher oder technischer Art, GRUR 1980, 572 - 66
SCHULZE, G.	Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklär - te Rechtsfrage oder bloße Illusion? GRUR 1985, 997 - 86, 94, 96, 99, 100, 102, 103
SPOOR, J.H.	Over ontlening en monopolie, AMR 1982, p. 136 - 157, 158
-	Piraterij van computerprogramma's, AMR 1985, 31
-	Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, BIE 1985, 244 - 138
STEINHAUSER, P.J.M.	Naschrift bij het artikel van W.L. Haardt (De Benelux Merkenwet en Modellenwet contra het E.E.G.- Executieveverdrag), NJB 1974, 982 - 12
-	Geen klakkeloos kopiëren, BIE 1985, 247 - 13, 44
TENGBERGEN, R.A.	Juridische bescherming van computerprogramma's, In - formatie jg. 15, nr. 5, p. 220 - 95, 100
TROLLER, A.	Urheberrechtlicher Schutz von Anweisungen an den menschlichen Geist? - Festschrift für Roeber II, 1982, p. 413-421 - 100, 107, 109
TWEEDE KAMER	Handelingen II 1971/72, 3280-82, 3421-22, 3438-40, 3453 - 8, 11, 12
VANDENBERGHE, G.P.V.	Software-bescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?, BIE 1985, 50 - 97
-	Auteursrechtelijke bescherming van computersoftware, recente internationale evoluties, Computerrecht 1986, 4 - 86, 131
VELDKAMP, P.M.	Bescherming van Modellen, NV XXI(1942-1943), 214 - 18, 21
VERKADE, D.W.F.	Bescherming van computerprogramma's, BIE 1970, 58 - 85, 95
-	Aantekeningen bij de modellenwet, WPNR 1975, 5289 - 11
-	Tijdschriftbespreking: La propriété industrielle 1975, BIE 1976, 174 - 70
-	Tijdschriftbespreking: La propriété industrielle 1978, BIE 1979, 85 - 70
-	Böckbespreking: Droit des dessins et modèles au Bene - lux (A. Braun, J.J. Evrard), BIE 1979, 194/195 - 11
-	Bescherming van computerprogrammatuur in Nederland (auteursrecht, o.d.), BIE 1983, 298
-	Literatuur en plagiaat, AA 1984, 672 - 130, 134, 135
WICHERS HOETH, L.	Het Auteursrecht van de architect, Bouwrecht 1967, 596- 608 - 48

WICHERS HOETH, L.	Bespreking "Triptiek van beschermingsomvang", RMTh 1967, p. 56-57 - 157
-	Architect en auteursrecht, Bouwrecht, 1971, 132-135 - 50-52
-	Annotatie ad HR 25 jan. 1965, in: 2000 Weken Recht - spraak; Feestbundel CRC Wijckerheld Bisdom, Zwolle 1978 - 60, 122
-	Het technisch effect van artikel 2 lid 1 Modellenwet, BIE 1985, 270 - 37
WILLEMSE, P.	Enkele opmerkingen over: auteursrecht en computerprogramma's, Informatie jg. 24 nr. 5, p. 294, 1982
WIPO	WIPO, model-provisions on the Protection of Computer Software, Copyright 1978 - 86-88
WOLTRING, J.	Computerprogrammatuur: vrijheid van kopie als (voor) recht, Computerrecht 1986, 27 - 72, 102

JURISPRUDENTIE

(De cijfers verwijzen naar de pagina's)

Hoge Raad

HR 20-6-1930, NJ 1930, 1217 met nt. P.S , Philips-Tasserou	130
HR 28-6-1946, NJ 1946, 712, Van Gelder-Van Rijn	6, 21, 48, 129
HR 17-4-1953, NJ 1954, 211 met nt. D.V.J , A A. 1953/4, 128 met nt. H B , Radio- programma-1	57, 113
HR 26-6-1953, NJ 1954, 90; BIE 1953, 55; A A. 1953, 10, Hyster Karry Krane	19, 39, 137
HR 15-3-1960, NJ 1960, 268 met nt. H B., Plastic Stapelschalen	
HR 27-1-1961, NJ 1962, 355 met nt. H B , A A. 1961, 179 met nt. H B.; Radioprogram- ma-2	27, 57, 113, 158
HR 9-3-1962, NJ 1964, 403, Vitrieteer	6, 7, 156, 157
HR 25-6-1965, NJ 1966, 116 met nt. H.B., Radioprogramma-3	57, 58, 60, 114, 115, 122, 157
HR 16-1-1970, NJ 1970, 220 met nt. Cohen Jehoram, Ja zuster nee zuster	39
HR 12-6-1970, NJ 1970, 434 met nt. H B., Tomado Kleerhanger	39
HR 5-1-1979, NJ 1979, 339, Heertje	60, 68, 75, 93
HR 27-1-1984, NJ 1984, 802	43
HR 29-11-1985, Bie 1986, 55, Screenoprints-Citroën	9
HR 25-4-1986, NJ 1986, 531	24
HR 27-6-1986, BIE 1986, 280	45, 137

Hoven

Hof Amsterdam 14-3-1935, NJ 1936, 37, Verkeerszuil	23
Hof 's Gravenhage 9-2-1942, NJ 1942, 371, Bally schoenen	23
Hof Amsterdam 20-4-1950, NJ 1951, 274, Copierglas	
Hof 's Gravenhage 26-6-1958, NJ 1959, 418	7
Hof Amsterdam 4-6-1963, BIE 1964, 74, Wasmachine	23, 80
Hof 's Hertogenbosch 15-6-1965, NJ 1968, 396, BIE 1965, 214, Stal voor mestvarkens	49, 79
Hof 's Gravenhage 3-11-1965, BIE 1970, 191, Tafel	79, 80
Hof Amsterdam 11-1-1973, NJ 1973, 300, Spotlights	23
Hof Amsterdam 21-2-1974, NJ 1974, 485, Registratiepapier	23
Hof 's Hertogenbosch 16-2-1976, BIE 1977, 259	64
Hof Arnhem 19-12-1977, BIE 1981, 269, Stadionlichtmast	33, 37

Hof Amsterdam 2-2-1978, BIE 1979, 240, Mistral/Windsurfer	24, 80
Hof 's Hertogenbosch 12-12-1978, NJ 1980, 457; BIE 1982, 43, Knoopgaren	
Hof Arnhem 26-6-1979, BIE 1980, 95, Chalet Suisse	49, 157
Hof Amsterdam 23-8-1979, BIE 1981, 236, Sleutelring	37
Hof 's Hertogenbosch 6-2-1980, BIE 1982, 313 met nt. WLH; AMR 1982, 34 met nt. Wibbens, Olly-Optima	12
Hof Amsterdam 20-3-1980, BIE 1980, 205 Bloembollentransportbakjes	37, 38
Hof 's Hertogenbosch 24-9-1980, AMR 1982, 36 met nt. Wibbens	11, 12
Hof Amsterdam 24-11-1980, BIE 1981, 335, Kwiksteiger	35, 39, 40
Hof Amsterdam 16-7-1981, AMR 1982, 13 met nt. Verkade	
Hof Arnhem 7-12-1981, BIE 1983, 41 met nt. Ph Prijskaarthouder	32
Hof Amsterdam 31-1-1983, AMR 1983, 57, Computerspelletjes Pac-Man/Happelaar	91
Hof Leeuwarden 6-4-1983, NJ 1983, 317; BIE 1984, 323, Dakbeschotprofiel	37
Hof Amsterdam 26-5-1983, BIE 1984, 197, Sportregenjas	37
Hof Amsterdam 13-12-1984, BIE 1986, 116, New Impact/New Balance	38

Rechtbanken

Rb Amsterdam 1914, NJ 1914, 599, Plattegrond Amsterdam	64
Rb Leeuwarden 2-11-1916, NJ 1917, 1096, Friese Merengebied	64
Rb Groningen 19-11-1926, NJ 1927, 163, Derk Smit/H. Meersma	5, 51
Rb 's hertogenbosch 15-3-1935, NJ 1936, 13, Broodtrommel	23
Rb Dordrecht 13-5-1942, NJ 1943, 31, Monopoly-Adjola	61
Rb Amsterdam 19-10-1962, BIE 1963, 100, Bedleeslamp	80
Rb Amsterdam 14-12-1965, A.A. 1968, 61 met nt. H.B.	
Rb Rotterdam 18-10-1966, NJ 1968, 415, Weergave-foto inwendige van TH aula Delft	
Rb Middelburg 14-1-1970, NJ 1970, 297	51
Rb Arnhem 12-12-1975, BIE 1976, 277, Caravan	79
Rb 's Hertogenbosch 16-2-1976, BIE 1977, 77, Toeristische plattegronden	
Rb 's Hertogenbosch 31-3-1977, NJ 1979, 479, Ontwerp ontmoetingscentrum Helmond	3, 81
Rb Arnhem 13-5-1977, BIE 1981, 269	33
Rb Amsterdam en Hof Amsterdam 2-2-1978, BIE 1979, 240 Mistral/Windsurfer	
Rb Alkmaar 21-6-1978, BIE 1979, 260 met nt. VNH, Skisbrud	21, 79
Rb Assen 25-7-1978, BIE 1979, 161, Valkuil	61
Rb 's Gravenhage 2-3-1979, BIE 1980, 82, Plantenhanger	35
Rb Utrecht 18-9-1979, BIE 1980, 205, Bloembollentransportbakjes	37, 38
Rb 's Hertogenbosch tussenvonniss 30-1-1981, BIE 1983, 324	
Rb Assen 28-7-1981, BIE 1983, 97, Bartels software/E.J. Koerhuis	95
Rb Rotterdam 12-2-1982, BIE 1983, 17, Pyramide-puzzel	
Rb Utrecht 10-3-1982, BIE 1983, 328	93, 96, 100, 104
Rb Leeuwarden 12-5-1982, BIE 1984, 323	
Rb 's Hertogenbosch 14-5-1982, BIE 1983, 98, Holland International Computer-services/Business Automation Systems	96, 100,

	104
Rb Alkmaar 20-9-1982, BIE 1982, 23 met nt. W.L.H., Closetmof	
Rb Amsterdam 2-12-1982, AMR 1983, 17, Computerspelletjes Pac-Man/Happelaar	91
Rb Amsterdam 18-3-1983, BIE 1984, 217, Roerstaafje (model Tedeco)	37
Rb Amsterdam 24-3-1983, BIE 1983, p. 331 nr. 101, Apple/CAB II	96, 103
Rb 's Hertogenbosch 24-5-1983, BIE 1984, 218, Omgebouwde auto's voor rolstoel-gebruikers	80, 81
Rb Zwolle 22-7-1983, KG 1983, 246; BIE 1983, 332, DACA-Hocofarm, "koezender"	98
Rb Zwolle 31-10-1983, KG 1983, 355, Metselprofiel	35, 37
Rb Assen 10-1-1984, BIE 1984, 238, Koerhuis/SCIA	96, 100, 103, 138
Rb Assen 8-1-1985, BIE 1985, 368 met nt. DWFV, Rolcontainers	38
Rb Utrecht 11-4-1985, KG 1985, 129, Eenheidssloten	24
Rb Breda 9-9-1985, KG 1985, 306, Adidas-Triumph (wedstrijdbadpak)	38, 43
Rb 's Gravenhage 10-10-1985, KG 1985, 320	76
Overige instanties	
Ktr. Amsterdam 6-4-1985, BIE 1986, 196	66
Belgisch Hof van Cassatie 2-12-1963, 15-3-1965, Pasicrisie Belge 1964, 1, 352 resp. 1965, 1, 746	
BGH 15-12-1978, GRUR 1979, 464, Flughafenpläne	68
BGH 21-11-1980, GRUR 1981, 352, Staatsexamens-arbeit	68
BGH 9-5-1985, BB 1985, 1747 e.v.; WM 1985, 1235 e.v.; GRUR 1985, 1041; NJW 1986, 192 e.v., Inkasso Programm	85, 90, 96, 134
CdC 7-3-1986, Expertises 1986, 58 e.v. met nt. Bertrand	86, 94, 96, 97, 102, 134
Raad van Justitie Batavia 2-4-1937, Indisch Tijdschrift van het Recht 1937, 146, 345, Abattoir	50

CURRICULUM VITAE

A.A. Quaadvlieg werd geboren op 17 mei 1958 te Heerlen. Hij volgde een gymnasium A opleiding aan het Bernardinuscollege in dezelfde stad. Van 1976 tot 1983 studeerde hij Nederlands recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, welke periode werd onderbroken door een éénjarig studieverblijf aan de Universiteit van Poitiers (1981-1982), mogelijk gemaakt door een beurs van diezelfde Universiteit.

Sedert september 1983 is hij werkzaam als junior wetenschappelijk medewerker aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit. In april-mei 1986 verrichtte hij gedurende twee maanden onderzoek aan het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht te München.

